

Reproducido en [www.relats.org](http://www.relats.org)

## **UN DECRETO CONTRADICTORIO**

**Doble indemnización pero con tope.**

**Prohibición de despedir pero con excepciones**

**Jorge Elizondo**

**Publicado en El Cohete a la Luna, enero 2021**

Se prorroga el decreto que prohíbe despidos sin causa, que no incluye a los contratados en 2020. Foto Télam.

El Decreto 39 del 22 de enero dispone:

- Ampliar la emergencia pública en materia ocupacional – vigente desde diciembre de 2019– hasta el 31 de diciembre de 2021.
- Prorrogar la prohibición de despidos sin justa causa y por las causales de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor por el plazo de noventa días corridos contados a partir del vencimiento del plazo establecido por el Decreto 891/20, es decir hasta el 30 de abril de 2021.
- Prorrogar la prohibición de suspensiones por fuerza mayor o falta de trabajo por el plazo de noventa días; exceptuando nuevamente las que se efectúen en los términos del artículo 223 bis de la Ley de Contrato de Trabajo (LCT).

- Reiterando los decretos anteriores, declarar la nulidad de los despidos y suspensiones violatorios de estas prohibiciones en estos términos: “no producirán efecto alguno, manteniéndose vigentes las relaciones laborales existentes y sus condiciones actuales”.

### **Tope máximo para la duplicación indemnizatoria**

El artículo 5° establece que durante la vigencia de la emergencia ocupacional, en los casos de despidos sin justa causa no cuestionados en su eficacia extintiva, la trabajadora o el trabajador afectado tendrá derecho a percibir el doble de la indemnización correspondiente.

Se trata de los casos en que el trabajador o trabajadora no reclame su reincorporación en virtud de considerar nulo el despido, ya fuere en virtud de violar las disposiciones prohibitivas de la normativa de emergencia o por cualquier otro motivo de carácter discriminatorio.

En tales casos, la indemnización deberá calcularse conforme a lo dispuesto por el artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo (LCT): la mejor remuneración mensual, normal y habitual multiplicada por la cantidad de años de antigüedad o fracción mayor de tres meses.

Pero el artículo 6° limita la duplicación de la misma: “A los efectos de establecer el cálculo de la indemnización definitiva, en los términos del artículo 5° del presente decreto, el monto correspondiente a la duplicación no podrá exceder, en ningún caso, la suma de pesos quinientos mil (500.000 pesos)”.

De manera tal que en el caso de un trabajador o trabajadora de cierta antigüedad, cuya indemnización simple ascendería a

1.000.000 de pesos, en lugar de percibir 2.000.000 como resultado de la duplicación sólo cobraría 1.500.000.

Creemos que el tope indemnizatorio de la duplicación fijado por el Decreto carece de justificación alguna.

En primer lugar, cabe señalar que la duplicación fue ordenada sin limitación alguna a partir del Decreto 34 del 13 de diciembre de 2019.

Hace algunos años la Corte Suprema resolvió declarar la inconstitucionalidad del tope establecido por el artículo 245 de la LCT: el monto de la base de la indemnización por despido no puede ser superior a tres veces el promedio de los salarios del convenio colectivo aplicable, en un caso en que su aplicación implicaba una detracción superior al 33% a la mejor remuneración mensual, normal y habitual.

El tope aplicado a la duplicación, de 500.000 pesos, tiene una notable semejanza con el cuestionado tope legal del artículo 245 de la LCT.

### **Exclusión de trabajadores de la prohibición de despidos**

La exposición de motivos del Decreto destaca claramente la diferencia entre los fundamentos de la duplicación indemnizatoria y los de la prohibición de los despidos y suspensiones.

Mientras la duplicación se fundamenta en la emergencia pública en materia ocupacional, creada en virtud de las consecuencias de la política destructiva de la economía productiva y del empleo durante cuatro años de gobierno neoliberal, la prohibición de los despidos y suspensiones se funda en la emergencia creada por la pandemia del Covid-19.

Hemos dicho en [El caso Techint](#) que los empleadores que despiden o suspenden violan no sólo el Decreto 329 sino el plexo normativo de la emergencia, constituido inicialmente por el Decreto 297 del 20 de marzo de 2020, de aislamiento social preventivo y obligatorio, y los DNU posteriores, además de ciertas resoluciones del Ministerio de Trabajo que contienen diversas normas protectorias del trabajo tales como las dispensas para concurrir al mismo.

El artículo 9 del nuevo Decreto –en contradicción con sus propios fundamentos– establece que tanto las disposiciones referentes a las prohibiciones de despidos y suspensiones como la duplicación de las indemnizaciones “no serán aplicables a las contrataciones celebradas con posterioridad a la entrada en vigencia del DNU 34/19”. Es decir que los trabajadores y trabajadoras contratadas después del 13 de diciembre de 2019 estarían excluidos de ambas normas protectorias.

Al remontarse en ambos casos a esa fecha, se excluye a quienes sí se hallaban incluidos por el DNU 329 del 31 de marzo de 2020 y por el 624 del 28 de julio del mismo año, que fue el primero que excluyó a las contrataciones celebradas a partir de su vigencia.

Nos preguntamos: ¿en virtud de qué razones se priva de protección a los contratados entre el 13 de diciembre de 2019 y el 28 de julio de 2020?

Ya resulta demasiado injusto que los contratados a posteriori de la fecha de los decretos puedan ser despedidos sin causa o suspendidos por fuerza mayor o falta de trabajo a diferencia de los anteriores, sin que tengan derecho a la duplicación de las indemnizaciones. Más discriminatorio aún es el hecho de que en

virtud del nuevo Decreto se amplíe la “libertad para despedir” a quienes se hallaban incluidos por decretos anteriores.

El artículo 9 discrimina a dichos trabajadores y es contrario a los fundamentos de la normativa de emergencia y a los enunciados por el propio Decreto en su exposición de motivos.

### **La campaña contra la prohibición de los despidos**

Desde los círculos de los grupos económicos concentrados y de la derecha neoliberal se venía pontificando contra la prórroga de la prohibición de los despidos y la duplicación de las indemnizaciones –siempre omitiendo que estas normas protectorias no son aplicables a las nuevas contrataciones– con el argumento de siempre: que dichas medidas desalentarían la creación de nuevos empleos. Los mismos pretextos esgrimidos por el ex Presidente [Macri en mayo de 2016 cuando vetó la ley de emergencia laboral](#) sancionada por el Congreso, que prohibía los despidos por 180 días.

No debe sorprender esta campaña, que finalmente fracasó en sus objetivos: que el gobierno nacional no prorrogara la emergencia ocupacional, ni la prohibición de los despidos. Proviene de los mismos sectores que durante el macrismo sostuvieron la necesidad de una reforma laboral que eliminara las indemnizaciones por despido o las abaratara, con el pretexto de que el capital privado crearía más empleos.

Nada más falaz que dicho razonamiento: abaratar el despido es facilitarlo, y si se facilita se usa, y si se usa se destruye, no se crea empleo.

Se confirma una vez más que es en las etapas de crisis cuando se manifiesta con mayor crudeza la capacidad de extorsión de los

grupos económicos sobre el Estado y la sociedad. En medio de la crisis económica agravada por la pandemia, estos sectores ejercen una presión permanente sobre el Estado –cuyo intervencionismo siempre han rechazado– a los fines de que los ayude mediante ATPs, subsidios, créditos, etcétera, no dejando de señalar la insuficiencia de este respaldo estatal, que se financia con el esfuerzo del conjunto de la sociedad. Pero no basta con que el Estado garantice su tasa de ganancia, no basta con que los salarios se hayan devaluado más de un 50% durante los últimos cinco años. Requieren la eliminación de regulaciones que limiten su libertad para despedir.

### **Normativa de emergencia y bloque de constitucionalidad federal**

La decisión del gobierno nacional de prorrogar las normas de emergencia que protegen a los trabajadores frente a los despidos es la respuesta adecuada frente al chantaje de los grupos económicos.

Dichas medidas de emergencia se fundan en la ley 27.541 de Solidaridad Social y Reactivación Productiva, que declara en su artículo 1 la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social, y delega en el Poder Ejecutivo Nacional las facultades comprendidas en la misma, en los términos del artículo 76 de la Constitución Nacional.

En el marco de esta delegación de facultades, el gobierno nacional ha dictado numerosas normas de emergencia sanitaria, que tienden a prevenir y a evitar o disminuir el contagio del virus,

construyéndose un derecho social de la emergencia, que –sin sustituir a la normativa general y a los principios fundamentales del Derecho del Trabajo– sostiene como uno de sus objetivos fundamentales la protección de la ocupación y el salario de los trabajadores.

En el contexto de esta crisis, nadie podría sostener con algún grado de seriedad la inconstitucionalidad de los Decretos que prohíben los despidos o que establecen la doble indemnización.

Estimo que las limitaciones contenidas en el nuevo DNU 39/2021 (la fijación de un tope a la duplicación y la exclusión de trabajadores que estaban alcanzados por la prohibición de los despidos y suspensiones establecida por el DNU 329/20) están en abierta contradicción con los fines de la normativa de emergencia.

Más allá de los fundamentos indiscutibles de la emergencia sanitaria y ocupacional, nos parece oportuno reafirmar el concepto del derecho efectivo al trabajo y el reconocimiento de la máxima protección posible contra el despido arbitrario, conforme a los pactos internacionales de Derechos Humanos reconocidos en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, reformada en 1994, que son parte del bloque de constitucionalidad federal.

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Protocolo de San Salvador reconoce en su artículo 7 inciso d) el derecho a la estabilidad de los trabajadores en sus empleos.

El Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Extinción del Contrato de Trabajo, no ratificado aún por nuestro país, sólo reconoce la legalidad del despido por causas disciplinarias o económicas.

Como dice David Duarte, es posible que los tribunales resuelvan “en los casos sobre terminación de la relación de trabajo, con las opciones previstas en el Convenio 158, aplicable aun cuando no esté ratificado, en virtud la Observación general 18 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, intérprete autorizado del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) en el plano universal y el Protocolo de San Salvador adicional de la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 7.d). Coincidimos en que los despidos discriminatorios han tenido una respuesta contundente por parte de la jurisprudencia que mayoritariamente responde con la nulidad del acto arbitrario del empleador, la reincorporación del trabajador despedido y el pago de los salarios caídos, con el efecto propio de un régimen de estabilidad en el empleo. Situación que requiere de una redefinición del sistema de protección contra el despido arbitrario, teniendo en cuenta que cualquier reglamentación [intra]sistémica del derecho a la no discriminación en el empleo que resultara de inferior garantía a la establecida por la ley general y de las normas constitucionales sería, por ello, violatoria de éstas últimas por discriminatoria, además de afectar el principio de progresividad como lo entendió la Corte al pronunciarse en numerosos fallos cuando una norma mostraba carácter regresivo” [\[1\]](#).

Por aplicación del principio protectorio, y conforme a los pactos internacionales de derechos humanos, tampoco podría discutirse la validez constitucional de un sistema legal que reconozca a los trabajadores con carácter permanente dicho sistema reforzado de garantías para protegerlo del despido arbitrario.

El derecho a la estabilidad, a la única estabilidad real: la que garantice el derecho al empleo y la prohibición del despido

arbitrario, puede y debe ser establecido por ley. El poder de ejercicio de los derechos colectivos requiere que la protección contra el despido arbitrario alcance su máxima expresión a través de la estabilidad propia, a fin de que los trabajadores y trabajadoras puedan alcanzar la mínima libertad necesaria para organizar su vida familiar y social.

[\[1\]](#) Duarte David, Ponencia en las XVII Jornadas Rioplatenses de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Córdoba, 13 y 14 de Mayo de 2011, sobre el tema “La nulidad del despido discriminatorio y la reinstalación”.