

TÍTULO:	"DE VIDRIOS ROTOS A VITREAUX". PRIMERAS IMPRESIONES SOBRE EL DNU 329/2020 Y LA RESOLUCIÓN (MTESS) 296/2020
AUTOR/ES:	Favier, Daniela
PUBLICACIÓN:	Temas de Derecho Laboral y de la Seguridad Social
TOMO/BOLETÍN:	-
PÁGINA:	-
MES:	Mayo
AÑO:	2020

DANIELA FAVIER⁽²⁾

"DE VIDRIOS ROTOS A VITREAUX". PRIMERAS IMPRESIONES SOBRE EL DNU 329/2020 Y LA RESOLUCIÓN (MTESS) 296/2020

I - INTRODUCCIÓN

El mandato constitucional es claro cuando dice que el trabajo, en sus diversas formas, gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador, entre otros importantísimos derechos, *la protección contra el despido arbitrario*.⁽¹⁾

Las presentes líneas pretenden hacer un recorrido sobre el [DNU 329/2020](#), pero principalmente cuando lanza, aunque transitoriamente, el derecho a la estabilidad del empleo por medio de la expresa prohibición del despido o suspensión por causa de fuerza mayor o falta o disminución de trabajo no imputable al empleador.

II - EL TEXTO NORMATIVO Y SU CONTEXTO

El DNU 329/2020⁽²⁾ viene a dictarse frente a la necesidad imperiosa de dar respuesta rápida y frenar la ola de despidos que se incrementó con el aislamiento preventivo y obligatorio dictado por el [DNU 297/2020](#), como consecuencia de la declaración de pandemia emitida por la OMS.

A la par de estas circunstancias, ya nos encontrábamos con emergencia ocupacional desde el 13/12/2019, mediante el DNU 34/2019, el que, además, estableció la suspensión de los despidos sin causa por ciento ochenta días y la doble indemnización para el supuesto de incumplimiento de tal medida, y con la [ley 27541](#) que declaró la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social.

Así también, con decisión de la Cámara Nacional de FERIA en el caso "[Kingston](#)", en el que se consideró que el DNU 297/2020 era válido por haber sido dictado dentro de los parámetros legales correspondientes en el marco de la emergencia en curso.⁽³⁾

Finalmente, con la prórroga de la situación de emergencia decretada hasta el 12/4/2020, mediante el [DNU 325/2020](#), la prórroga hasta el 26/4/2020 a través del [DNU 355/2020](#) y la prórroga hasta el 10/5/2020 a través del [DNU 408/2020](#).

En esta apretada síntesis de contexto, entra a jugar el DNU 329/2020. En el primer artículo, da el marco de justificación para su dictado, citando las normativas de emergencia: el decreto 260/2020, la ley 27541 y el DNU 297/2020⁽⁴⁾, pero omite señalar la emergencia ocupacional que también está vigente y que está directamente relacionada con la emergencia sanitaria y el aislamiento preventivo y obligatorio.

Ello así, por cuanto mantener la fuente de trabajo es parte de la estrategia necesaria para que la comunidad pueda cumplir con el aislamiento *sin tener que estar en un dilema vital de tener que elegir entre cuidarse o comer*.⁽⁵⁾ de lo contrario se boicotea la medida preventiva de aislamiento.

En los artículos siguientes (arts. 2 y 3), el decreto dispone *la prohibición de los despidos sin justa causa y de las suspensiones* por las causales de falta o disminución de trabajo no imputable al empleador y fuerza mayor por el plazo de sesenta días contados a partir de la fecha de publicación del presente decreto en el Boletín Oficial.⁽⁶⁾

Y establece como consecuencia a la violación de esta prohibición, que no *producirán efecto alguno, manteniéndose vigentes las relaciones laborales existentes y sus condiciones actuales*. Es decir, el aniquilamiento de todo efecto jurídico, propio de la nulidad absoluta.

Como ya tengo dicho, tal prohibición era innecesaria⁽⁷⁾, pero evidentemente resulta conveniente, *"aquellos que no se legisla explícitamente para el débil, se legisla implícitamente para el fuerte"*.⁽⁸⁾ en razón de que ya se evidenciaba de manera clara la voluntad de mantener la fuente de trabajo, por tal motivo no era posible ningún supuesto de suspensión motivado por estas circunstancias ([arts. 218 a 221](#), LCT). Cuando se está contemplando la posibilidad de cumplir el aislamiento obligatorio sin prestar servicios y cobrar una suma no remunerativa, y porque conspira en contra de tal estrategia de prevención no asegurar al trabajador la posibilidad de aislarse sin sumarle la preocupación de no tener cómo subsistir.

Por otra parte, resulta evidente que hay servicios y actividades que en estos momentos están obteniendo ingresos ininterrumpidos y aun cuando estemos en presencia de los que no se encuentran obteniendo ingresos en forma absoluta, ese impedimento no deja de ser transitorio.

Así, si nos hacemos de los conceptos de fuerza mayor o la imposibilidad de cumplir del Código Civil y Comercial ([arts. 955, 956, 1730, 1733](#)), debería demostrarse la imposibilidad de cumplir, y esa imposibilidad deberá ser absoluta y permanente (art. 955, CCyCo.), ya que la transitoriedad no habilita la extinción del contrato de trabajo, ni aun bajo la mirada del Código Civil y Comercial (art. 956), el que la condiciona a cuando el plazo es esencial, o cuando su duración frustra el interés del acreedor de modo irreversible. Cuestiones estas que no se dan en la presente situación que se está viviendo, ya que es transitoria y reversible.

A lo que se suma un dato más, y es que el DNU cabe perfectamente en la excepción del artículo 1733, inciso b), del Código Civil y Comercial⁽⁹⁾. En definitiva, ni antes del DNU 329/2020 ni menos aún luego de su dictado, se puede despedir bajo esos motivos a ningún trabajador.

De alguna manera, viene a reforzar el piso de protección de los [artículos 14 y 14 bis de la CN](#). Ese piso está compuesto de la dureza de sus baldosas y su material se compone de los niveles de protección que el sistema jurídico establece o fija para dar firmeza y operatividad al texto constitucional.

En efecto, *"el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes"*, es decir, todo trabajo, sea público o privado, será beneficiario de tal protección.

Como tengo dicho, esa pauta inclusiva es un piso mínimo inderogable, por debajo del cual no puede admitirse como lícito nada y sobre el cual se asienta, se construye o debiera edificarse el mundo del trabajo en sus diversas formas. Siendo las baldosas de ese piso mínimo la jornada limitada, descanso y vacaciones pagas; retribución justa; salario mínimo vital y móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, control de la producción y colaboración en la dirección; la "protección contra el despido arbitrario" y la estabilidad del empleado público, etc.

Hay un ejemplo que he adaptado para este tema⁽¹⁰⁾, y es el siguiente: cómo se protege a una persona contra el incendio:

- Opción 1: pagando una indemnización por las pérdidas materiales sufridas (seguro).
- Opción 2: atención médica gratuita para las quemaduras.
- Opción 3: entregarle un matafuego a tiempo.

Es evidente que si lo que se intenta es evitar el fuego y los daños de su producción, el matafuego es el recurso que mejor se adapta para tal fin.

Las otras opciones son válidas, pero para una etapa posterior, es decir, cuando ya el siniestro ocurrió y lo que se intenta es paliar o mitigar las consecuencias dañosas del mismo.

Es el matafuego que tenido a tiempo apaga la primera chispa y con ello evita el incendio; pero dejar -por no contar con la herramienta de protección adecuada- que la casa se incendie para luego decirle a la víctima que el seguro cubrirá los daños materiales es directamente dejarla desprotegida contra la producción de tal siniestro y solo asegurarle la indemnización por las pérdidas que sufra como consecuencia del fuego y que inclusive esas pérdidas pueden acarrear un valor mayor, como la vida misma.

Llevando el ejemplo al tema en análisis, cabe preguntarse cuál es la mejor herramienta contra el despido arbitrario, y frente a este interrogante, el legislador ha dado la opción de la indemnización (inclusive agravada), pero la indemnización funciona como las opciones 2 y 3, es decir, son para paliar las consecuencias, pero no la evita, no la impide; esa indemnización tarifada que el legislador diseñó funciona para una etapa posterior, es decir, cuando el daño ya se produjo y la solución legal únicamente viene a mitigar sus consecuencias.

En cambio, el DNU 329/2020 establece la prohibición del despido fundado en fuerza mayor y falta o disminución del trabajo, y la violación de tal prohibición no producirá efecto alguno. Esta herramienta se comporta como la opción 1 del ejemplo, es el matafuego.

Porque al considerarse nulo de nulidad absoluta al despido, en este caso y aunque de manera transitoria (sesenta días), y por determinados motivos (fuerza mayor o falta o disminución de trabajo), *está otorgando una protección de doble vía: por un lado, al impedir los efectos nocivos de un despido*, agudizados en estos momentos por el aislamiento preventivo y obligatorio, no solo para el trabajador, es decir, no solo en el interés individual, sino porque ese interés individual impacta o se proyecta en un interés colectivo signado por la emergencia ocupacional y sanitaria.

Por el otro, parar con la conducta rupturista del empleador por motivos que van contra la protección del despido arbitrario y, en consecuencia, *dando estabilidad al empleo*.

Y digo "estabilidad" a secas porque considero que la estabilidad no es susceptible de grados, en realidad o se tiene estabilidad o no se la tiene. Pensemos en un constructor que al finalizar el techo de nuestra casa nos diga que el techo tiene "estabilidad impropia"; es una forma elegante o encubierta de decirnos que el techo se puede caer o que no es seguro, es decir, no es estable.

Nadie pagaría ese trabajo, estoy segura de que todos exigiríamos que tenga "estabilidad", de lo contrario, con cualquier inclemencia de la naturaleza, nuestro techo se nos vendría abajo con toda seguridad.

Hay que ser conscientes de que las palabras crean pseudo realidades, y es lo que ha sucedido cuando se habla del contrato de trabajo y su estabilidad, a pesar de tener anclaje constitucional (art. 14bis, CN) y anclaje convencional -art. 4, Convenio (OIT) 158-, tiene menor nivel de protección que el empleo público cuando la Constitución no hace distinción y dice que el trabajo, en sus diversas formas, gozará de la protección de las leyes.

Cabe destacar que si bien no ha sido ratificado por el Estado Argentino, es de altísimo valor el contenido del Convenio 158 de la OIT, el que refiere expresamente: "No se pondrá fin a la relación de trabajo de un trabajador, a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio".

Y en estos momentos, invocar la fuerza mayor o la falta o disminución de trabajo no solo no son justificativos para despedir válidamente a un trabajador, sino que son una causa ilícita de invocación para la ruptura de la relación laboral.

La voluntad unilateral rupturista del empleador en el ámbito del derecho del trabajo no se ve acompañada ni siquiera con las disposiciones del Código Civil y Comercial cuyos objetivos se dirigen a encaminar la voluntad de las partes en los contratos dentro del orden público y la buena fe entre otros valores, en un ámbito donde se entiende que los contratantes son iguales, basta con repasar las disposiciones de los artículos 958⁽¹¹⁾, 959⁽¹²⁾, 279⁽¹³⁾, 960⁽¹⁴⁾, 961⁽¹⁵⁾ y 1067⁽¹⁶⁾ del Código Civil y Comercial.

Como podemos ver, el propio Código Civil y Comercial pone límites a la voluntad y a la libertad de contratar y el modo en que las partes deben dirigirse durante el contrato, y ni hablar cuando trata de los vulnerables de su sistema, como son los consumidores (los que también -al igual que el trabajador- tienen anclaje constitucional -art. 42, CN-).

Sin embargo, creemos que en el ámbito laboral existe una insuficiencia, desigualdad mucho más profunda y marcada por la hiposuficiencia estructural, negocial y reclamacional; Capón Filas dice que es una falacia considerar que la raíz de la relación de empleo se encuentra en la libre voluntad del empleador y del trabajador, como dos contratantes en igualdad de condiciones.⁽¹⁷⁾

El hombre tiene "derecho a trabajar" (art. 14, CN), hay una necesidad que subyace en la relación laboral. Como dice Capón Filas, "llamar contrato (que supone libertad) a una relación generada por la necesidad es un oxímoron".⁽¹⁸⁾

III - CONSECUENCIAS QUE ACARREA LA VIOLACIÓN DE LA PROHIBICIÓN

Como ya adelanté, es el mismo DNU, en su artículo 4, que establece que la violación a esta prohibición no causa efecto alguno.

En consecuencia, estamos en presencia de un caso de nulidad absoluta conforme al [artículo 386](#) del Código Civil y Comercial; el texto dice: "Son de nulidad absoluta los actos que contravienen el orden público, la moral o las buenas costumbres".

El criterio de distinción con la nulidad relativa es justamente los fines que encierra la nulidad absoluta. Allí se ven involucrados la tutela del interés colectivo, el orden económico social y está interesada la comunidad⁽¹⁹⁾. toda, como es justamente el caso de la emergencia ocupacional y sanitaria que estamos transitando.

La consecuencia de *la nulidad absoluta implica*, por el juego de los artículos 386 y 387 del Código Civil y Comercial, *asumir que puede ser declarada de oficio, no es susceptible de confirmación, la acción es irrenunciable e imprescriptible, entre otras características*.

Es decir que, al producirse un despido o una suspensión de la prohibida, el trabajador no requiere de la reincorporación en el caso del despido, porque justamente no surte efecto el distracto, por lo tanto, cabe preguntarse si sería coherente plantear o solicitar la reinstalación. Entiendo que ello no resultaría coherente.

Al no producirse el efecto deseado por el empleador, el trabajador puede articular los mecanismos que tenga a su alcance, empezando por emplazar a que se le otorguen tareas si estamos frente a un empleador que continúa remiso.

Puede que el efecto deseado por el empleador se produzca en forma indirecta, porque si lo despiden y eso no causa efecto, entonces permite y guarda silencio ante el emplazamiento del trabajador de otorgar tales tareas para lograr un despido indirecto.

Entiendo que, en ese supuesto, podría pensarse que sería fácil burlar la prohibición, es decir, el empleador lo despiden, al no surtir efecto ello, no otorga tarea, y al no otorgar tarea guarda silencio cuando sea emplazado para ello, pero ello no es así. Las consecuencias del no otorgamiento de las tareas nos evidencia que estamos frente a una conducta no solo ilícita sino de mala fe⁽²⁰⁾, e inclusive abusiva del derecho⁽²¹⁾ e igualmente nula de nulidad absoluta, es decir que esta sanción recae tanto cuando el despido es directo como cuando el despido es indirecto.

Por lo que se sumarán consecuencias punitivas, pero no la desvinculación de manera tal de desalentar esa posibilidad evasiva de la responsabilidad de mantener la fuente de trabajo. Bajo esta mirada hay que observar si se dan otros obstáculos para empujar al trabajador hacia un despido indirecto en estas circunstancias.

Lo mismo con la suspensión. Es evidente que la voluntad es mantener la fuente de trabajo remunerada, por ello aclara que no alcanza la prohibición de las suspensiones que puedan ser canalizadas por intermedio del [artículo 223 bis](#) de la LCT, aunque las sumas allí dispuestas sean no remuneratorias y requiriendo que las suspensiones convenidas entre las partes deben ser homologadas por autoridad administrativa o judicial para garantizar una justa composición de intereses.

IV - RESOLUCIÓN (MTESS) 296/2020

Al panorama descripto, se suma un nuevo ingrediente y es la resolución (MTESS) [296/2020](#), de fecha 4/4/2020, por la que se dispone expresamente la prórroga automática de las medidas adoptadas en las resoluciones [207/2020](#) y [233/2020](#) emitidas por el Ministerio, por el plazo que dure el aislamiento social, preventivo y obligatorio establecido por el DNU 297/2020 y sus complementarios.⁽²²⁾

La resolución 207/2020 que se prorroga es la que dispuso eximir de la prestación laboral a los grupos de riesgo, es decir: a) *trabajadores y trabajadoras mayores de sesenta años de edad*, excepto que sean considerados "personal esencial para el adecuado funcionamiento del establecimiento" y se considerará "personal esencial" a todos los trabajadores del sector salud; b) *trabajadoras embarazadas*, y c) *trabajadores incluidos en los grupos de riesgo* que define la autoridad sanitaria nacional⁽²³⁾. Tienen derecho al cobro íntegro de sus haberes, aclarando que si las tareas que realizan en sus lugares de trabajo u otras análogas pueden ser realizadas en los lugares donde cumplen el aislamiento, deberán, en el marco de la buena fe contractual, establecer con su empleador las condiciones en que dicha labor será realizada.

Es decir, los *grupos de riesgo* tienen derecho al cobro íntegro de sus remuneraciones estén en condiciones operativas o no de realizar las tareas que venían haciendo u otras análogas⁽²⁴⁾ en el lugar de asilamiento. Por ello, pone foco en la buena fe y el diálogo para evitar abusos. Un dato que no es menor es que incluye a todos los trabajadores sin importar el tipo o naturaleza jurídica de relación, hay una apuesta clara a la protección de la salud con apoyo en el mantenimiento de la fuente de trabajo, como otra herramienta más para paliar la emergencia ocupacional en función de la sanitaria, toda vez que la resolución 207/2020 es prorrogada con posterioridad al DNU 329/2020. La salud, su cuidado y preservación sigue siendo el motivo esencial de todas las medidas que impactan en el trabajo. Porque como tengo dicho, el éxito de las medidas de prevención para hacer frente a la emergencia sanitaria depende en gran porcentaje de cómo se trate y se resuelva la emergencia ocupacional, de manera de no poner a nadie en el dilema vital de tener que elegir entre cuidarse o comer.

V - REFLEXIONES FINALES

Ese panorama de despidos en medio de la pandemia que se está viviendo, acorralando ese universo de trabajadores que vuelven a casa en la indigencia y enfrentados al dilema de cuidarse o comer, son el estallido vital producido por la unilateral voluntad rupturista, partiendo en mil pedazos el proyecto de vida, la dignidad, la salud, con un altísimo costo sobre la dignidad y la identidad del sujeto y que repercute en la sociedad toda; esos pedazos vuelven a tener sentido reconstructivo, reparador y protectorio con el DNU 329/2020 y la resolución (MTESS) 296/2020 que acatan el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, cláusula operativa que es susceptible de autónomo acatamiento por las autoridades administrativas, diseñando un nivel de protección que se compadece con los cuatro principios de jerarquía constitucional: *el trabajador como sujeto de preferente tutela constitucional, la justicia social, el principio de progresividad y el derecho a perseguir su bienestar material*; tres principios del derecho internacional de los derechos humanos constitucionalizado el deber de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna, el compromiso de abstenerse de tomar medidas que interfieran directa o indirectamente en el disfrute del derecho al trabajo que hubiese alcanzado y el principio *pro homine*.⁽²⁵⁾

Notas:

(*) Abogada. Doctora en Ciencias Jurídicas y Sociales. Relatora de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza. Hizo el curso de especialización en Derecho Laboral para expertos latinoamericanos en la Universidad de Castilla La Mancha, Toledo, España. Profesora de grado y posgrado e invitada por varias universidades nacionales. Publicista y conferencista en encuentros provinciales, nacionales e internacionales

(1) Art. 14 bis; CN

(2) De fecha 31/3/2020

(3) "Kingston, Patricio s/hábeas corpus" - CNCrim. y Correc. - Sala VII - 1/10/2019

(4) Art. 1: El presente decreto se dicta en el marco de la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social establecida por la ley 27541, la ampliación de la emergencia sanitaria dispuesta por el decreto 260/2020 y su modificatorio, el decreto 297/2020 que estableció la medida de aislamiento social, preventivo y obligatorio, su prórroga hasta el día 12/4/2020 inclusive, y sus normas complementarias - <http://servicios.infoleg.gov.ar>

(5) Favier, Daniela: "La solidaridad necesaria y la esperanza posible. El COVID-19 y su impacto en el ámbito laboral" -Ed. Rubinzal-Culzoni Editores - RCD 1527/2020

(6) 31/3/2020

(7) Favier, Daniela: "La solidaridad necesaria y la esperanza posible. El COVID-19 y su impacto en el ámbito laboral" -Ed. Rubinzal-Culzoni Editores - RCD 1527/2020

(8) Frase que se le adjudica a Scalabrini Ortiz: "El capital, el hombre y la propiedad en la vieja y en la nueva Constitución" - Ed. Reconquista - Bs. As. - 1948

(9) Art. 1733, inc. b), que dice: "...si de una disposición legal resulta que no se libera por caso fortuito o por imposibilidad de cumplimiento"

(10) Capón Filas, Rodolfo: "Tratado de derecho del trabajo" - Ed. Platense - 2014 - T. 2 - pág. 1172

(11) El art. 958, CCyCo. dice que "las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres"

(12) El contrato es obligatorio en la medida que sea válido (art. 959, CCyCo.)

(13) Como acto jurídico es dable recordar que su objeto no debe ser un hecho imposible o prohibido por la ley, contrario a la moral, a las buenas costumbres, al orden público o lesivo de los derechos ajenos o de la dignidad humana (art. 279, CCyCo.)

(14) Los jueces, en principio, no pueden intervenir en el contrato celebrado excepto que una de las partes lo pida, cuando lo autoriza la ley y de oficio cuando se afecta de modo manifiesto el orden público (art. 960, CCyCo.)

(15) El art. 961, CCyCo. señala que los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe

(16) El Código también es preciso cuando señala las reglas para la interpretación de los contratos al decir: "La interpretación debe proteger la confianza y la lealtad que las partes se deben recíprocamente..." (art. 1067, CCyCo.)

(17) Capón Filas, Rodolfo: "Tratado de derecho del trabajo" - Ed. Platense - 2014 - T. 2 - pág. 867

(18) Capón Filas, Rodolfo: "Tratado de derecho del trabajo" - Ed. Platense - 2014 - T. 2 - pág. 868

(19) Rivera, César: "Derecho civil. Parte general" - Ed. AbeledoPerrot - 2016 - pág. 861 ss.

(20) Art. 63, LCT

(21) Art. 10, CCyCo.

(22) La que a la fecha se encuentra prorrogada hasta el 26/4/2020 por D. 331/2020

(23) Dichos grupos, de conformidad con la definición vigente al día de la fecha, son: 1. Enfermedades respiratorias crónicas: enfermedad pulmonar obstructiva crónica (EPOC), enfisema congénito, displasia broncopulmonar, bronquiectasias, fibrosis quística y asma moderado o severo. 2. Enfermedades cardíacas: insuficiencia cardíaca, enfermedad coronaria, valvulopatías y cardiopatías congénitas. 3. Inmunodeficiencias. 4. Diabéticos, personas con insuficiencia renal crónica en diálisis o con expectativas de ingresar a diálisis en los siguientes seis meses.

No podrá declararse personal esencial a los trabajadores comprendidos en los incs. b) y c)

(24) Según el tipo de trabajo que venían realizando

(25) "Asociación de Trabajadores del Estado s/Acción de Inc." - CSJN - 18/6/2013 - Fallos: 336:672



Paraná 725 (1071) Ciudad de Buenos Aires, Argentina

Tel.: (011) 4370-2002 contactenos@erreius.com

©2018 - Errepar S.A. Todos los derechos reservados.