

COMENTARIO SOBRE LEGISLACIÓN LABORAL ARGENTINA GENERAL, DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA 329 DEL AÑO 2020, SOBRE EMERGENCIA LABORAL EN TIEMPOS DE PANDEMIA (COVID-19)*

COMMENT ON GENERAL ARGENTINE LABORAL LEGISLATION,
DECREE OF NECESSITY AND URGENCY 329 OF THE YEAR 2020,
ON LABOR EMERGENCY IN TIMES OF PANDEMIC (COVID-19)

COMMENTAIRE SUR LA LÉGISLATION GÉNÉRALE DU TRAVAIL
ARGENTINE, DÉCRET DE NÉCESSITÉ ET D'URGENCE
DU TRAVAIL EN PÉRIODE DE PANDÉMIE (COVID-19)

Carlos Manuel PENA**

RESUMEN: La idea central de este trabajo es reflexionar sobre los alcances del Decreto de Necesidad y Urgencia con rango de ley, su aplicación, metodología y constitucionalidad. Para ello en primer lugar ubicaremos al Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) en la pirámide kelseniana, sus efectos y límites, posteriormente veremos su contenido y las razones de su dictado con relación a la realidad epidemiológica que puso a la Argentina y el mundo entero el COVID-19. Por último, analizaremos la viabilidad y eficacia del contenido del DNU 329 dictado por el Poder Ejecutivo de la nación argentina.

Palabras clave: emergencia laboral, Decreto de Necesidad y Urgencia, Argentina, constitucionalidad, COVID-19, pandemia.

* Recibido el 5 de mayo de 2020 y aceptado para su publicación el 13 de septiembre de 2020.

** Abogado, egresado de la Universidad Católica Santiago del Estero, especializado en derecho constitucional de la Universidad Nacional de Santiago del Estero, secretario técnico de la Fiscalía de Estado de la Provincia de Santiago del Estero, abogado de la Secretaría de Ciencia y Técnica (área vinculación con el Conicet) de la Universidad Nacional de Santiago del Estero.



ABSTRACT: The central idea of this work is to reflect on the scope of a Decree of Necessity and Urgency with the rank of law, its application, methodology and constitutionality. For this, we will first locate the Decree of Necessity and Urgency (DNU) in the kelsenian pyramid, its effects and limits, later delving into its content and the reasons for its dictation in relation to the epidemiological reality that put Argentina and the whole world because of the COVID-19. Finally, we will analyze the viability and effectiveness of the content of Decree of Need and Urgency 329 issued by the Executive Power of the Argentine Nation.

Keywords: Labor Emergency, Decree Necessity and Urgency, Argentina, Constitutionality, COVID-19, Pandemic.

RÉSUMÉ: L'idée centrale de ce travail est de réfléchir à la portée d'un décret de nécessité et d'urgence avec le rang de loi, son application, sa méthodologie et sa constitutionnalité. Pour cela, nous allons d'abord localiser le Décret de Nécessité et d'Urgence (DNU) dans la pyramide de kelsenian, ses effets et limites, approfondissant plus tard son contenu et les raisons de sa dictée par rapport à la réalité épidémiologique qui a mis l'Argentine et le monde entier à cause du COVID-19. Enfin, nous analyserons la viabilité et l'efficacité du contenu du Décret de Besoin et D'Urgence 329 publié par le pouvoir exécutif de la nation argentine.

Mots clés: urgence du travail, nécessité et urgence du décret, Argentine, constitutionnalité, COVID-19, pandémie.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Reseña histórica de los decretos de Necesidad y Urgencia en la República Argentina.* III. *Objetivos, eficacia jurídica y validez constitucional del Decreto 329.* IV. *La constitucionalidad del Decreto de Necesidad y Urgencia núm. 329.* V. *Comparación entre el DNU 329/2020 con la Ley 25.561.*
VI. *Conclusión.* VII. *Referencias.*

I. INTRODUCCIÓN

Antes de introducirnos en el tema es preciso ubicar conceptualmente qué es un decreto de necesidad y urgencia en el marco jurídico de la legislación argentina para comprender por qué hablamos de comentario legislativo, cuando en realidad se trata de un decreto del Poder Ejecutivo nacional.

Entonces, ¿qué es un decreto de necesidad y urgencia? Es el que emite el presidente de la nación cuando concurren circunstancias particulares que obstruyen seguir el procedimiento de sanción de las leyes establecido en la Constitución Nacional; su artículo 99 expresa que:

El presidente de la nación tiene las siguientes atribuciones: Inciso 3. Participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las promulga y hace publicar. El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo. Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros... el presidente a través del jefe de gabinete de ministros tendrá un plazo de 10 días para someter a consideración el Decreto, por parte de la Comisión Bicameral creada a tales efectos a partir de la Ley Nacional 26.112, esta Ley tiene por objeto regular el trámite y los alcances de la intervención del Congreso respecto de los decretos que dicta el Poder Ejecutivo: a) de necesidad y urgencia; b) por delegación legislativa; c) de promulgación parcial de leyes.

Este acto administrativo tiene el mismo alcance de una ley del Congreso, a pesar de no ser emitido originariamente por éste, si respondemos a un análisis kelseniano se ubican en cuanto al alcance y efectos en el mismo rango que la ley, recordemos que la pirámide kelseniana representa gráficamente la idea de sistema jurídico escalonado. De acuerdo con Kelsen, “el sistema no es otra cosa que la forma en que se relacionan un conjunto de normas jurídicas y la principal forma de relacionarse éstas, dentro de un sistema, es sobre la base del principio de jerarquía”.

En ese contexto podemos avanzar en el sentido que los comentarios versarán sobre un decreto nacional con rango de ley en el marco jurídico dado por la Constitución de la nación argentina.

El Decreto de Necesidad y Urgencia 329, dictado el 31 de marzo de 2020, tuvo como razón jurídica que por la Ley núm. 27.541 se declaró la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social. La crisis económica en que se encontra-

ba el país se vio agravada por el brote del nuevo coronavirus, que diera lugar a la declaración de pandemia por COVID-19, por parte de la Organización Mundial de la Salud (OMS). Que, en dicho contexto, se dictó el Decreto núm. 260/20 por el que se amplió la emergencia pública en materia sanitaria establecida por la citada Ley, por el plazo de un año a partir de la entrada en vigencia del mencionado decreto, con el fin de preservar la salud de la población. Con el objeto de atemperar el efecto devastador de dicha pandemia observado a nivel mundial y con el objeto de salvaguardar el derecho colectivo a la salud pública y los derechos subjetivos esenciales a la vida y a la integridad física, se dictó el Decreto núm. 297/20 por el que se dispuso el “aislamiento social, preventivo y obligatorio” de la población. Dicha medida impacta directamente sobre la actividad económica del país y en el sistema de producción de bienes y servicios, cuestión que ha sido considerada por este Gobierno conforme lo dispuesto en los decretos dictados en el día de la fecha, en forma concomitante con el presente, como el que dispone la Constitución de un Fondo de Afectación Específica en el marco de la Ley núm. 25.300 y sus modificatorias, Fondo de Garantías Argentino (Fogar), con el objeto de otorgar garantías para facilitar el acceso por parte de las micro, pequeñas y medianas empresas a préstamos para capital de trabajo y pago de salarios, y el decreto que crea el programa de “Asistencia de Emergencia al Trabajo y la Producción” para empleadores y empleadoras y trabajadores y trabajadoras afectados por la emergencia sanitaria y la coyuntura económica, así como por el Decreto núm. 316/20 que prorroga el Régimen de Regularización tributaria establecido en el último párrafo del artículo 8o. de la Ley 27.541, entre las otras normas ya citadas.

El Decreto 329 dispone que se prohíben los despidos sin justa causa y por las causales de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor, así como las suspensiones por las causales de fuerza mayor o falta o disminución de trabajo por el plazo de 60 días quedando exceptuadas de esta prohibición las suspensiones efectuadas en los términos del artículo 223 bis de la Ley de Contrato de Trabajo.

Intenta encriptar la relación laboral, proteger los intereses de los trabajadores en caso de despidos, coaccionando a las empresas a mantener el plantel de trabajadores más allá de cualquier situación fortuita extrema.

II. RESEÑA HISTÓRICA DE LOS DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

Nos debemos remontar al gobierno constitucional de 1853 como primer antecedente del dictado de un DNU basado en situaciones de índole económica o social, aun sin fundamento constitucional; esta práctica se prolongó en 1983 con la restauración de la democracia durante el gobierno de Raúl Alfonsín, quien dictó diez decretos entre los que se destacan la normalización de las universidades públicas y la instauración del Plan Austral, por el cual se modificó el signo monetario.

A partir de 1989 y durante la presidencia de Carlos Menem, los DNU perdieron su esencia convirtiéndose en un modo normal de gobernar, llegando a dictar 545 decretos basados en la “necesidad y urgencia”.

Con un promedio de 9.3 decretos de necesidad y urgencia por mes, el ex presidente Eduardo Duhalde, durante 2002 y principios de 2003, fue quien los usó con mayor asiduidad en relación con el tiempo que ejerció la Presidencia. Sin embargo, fue Carlos Saúl Menem quien con 545 decretos de Necesidad y Urgencia dictó la mayor cantidad. Desde 1853 hasta 1983 se dictaron 25 reglamentos de necesidad y urgencia; mientras que desde 1983 hasta 2010, la cifra es sensiblemente mayor: 1,085. Tal vez la falencia de nuestros constituyentes fue proponerse legitimar un gen distinto a nuestra raigambre institucional e inicial sistema parlamentario europeo. Sin embargo, la habitualidad con que se recurrió a los decretos de necesidad y urgencia para resolver las crisis económicas, sociales e institucionales hizo necesaria su regulación constitucional, para establecer límites formales y sustanciales no muy precisos pero que tuvieron por finalidad acotar su uso. Su utilización ha sido la regla por los distintos gobiernos de todo el arco político, ya que ha constituido una tentadora herramienta para eludir al Congreso, pues requiere menos esfuerzo que obtener en algunos casos la aprobación de una ley.

III. OBJETIVOS, EFICACIA JURÍDICA Y VALIDEZ CONSTITUCIONAL DEL DECRETO 329

Mediante este decreto de necesidad y urgencia dictado por el Estado argentino se intenta frenar el avance de despidos sin justa causa, suspensiones por fuerza mayor, o por falta o disminución de trabajo por un periodo de 60 días a partir de su publicación.

La primera cuestión que debemos analizar es el alcance de la norma, la misma comprende a todos los trabajadores con relación a la dependencia del sector privado, comprendidos en la Ley Nacional 20.744, leyes especiales y convenciones colectivas de trabajo, por ejemplo, un trabajador rural por temporada jornalizada está comprendido en su ámbito de aplicación.

Desde la órbita de la obligación impartida en el plexo legal, la norma no establece consecuencias sancionatorias inmediatas a la patronal que incumple; el artículo 4o. dispone que las suspensiones o despidos no producirán efecto alguno, es decir, que el obrero despedido o suspendido tiene derecho a seguir laborando, quitando todo tipo de autoridad y potestad al empleador, distinta sería la consecuencia que en caso de efectivizarse el despido o la suspensión se estableciera una indemnización especial o multa, pero resulta inaudito obligar al mantenimiento de la fuente laboral, menoscabando las facultades y derechos que tiene el empresario o patrón.

En este contexto, el decreto en sí mismo es irrelevante por cuanto carece de eficacia jurídica: obligar al empleador a mantener la fuente de trabajo frente a una pandemia en donde el 80% de la actividad productiva, comercial, industrial, financiera y mercantil de un país se encuentra paralizada desde hace 30 días, es sin duda una situación de fuerza mayor que amerita activar el derecho del empleador a reducir o suspender a su personal, este último por el tiempo que dure la cuarentena obligatoria dictada y que sirve de sustento al acto administrativo en análisis.

De otro modo significa violentar el poder de decisión de la patronal colocándolo en situación de desigualdad en el vínculo laboral, por debajo del empleado, por cuanto éste con esa prerrogativa puede mantener la fuente de trabajo, sin importar la situación de la empresa y si ésta, a pesar de la cuarentena, mantiene su equilibrio económico y financiero capaz de mantener la fuente laboral ociosa o pasiva, en un contexto de pandemia.

Sin duda no es una norma que se encuentre al amparo de la Constitución Nacional, por el contrario, soslaya y menoscaba derechos y garantías de rai-gambre constitucional.

Habrá que aguardar si los empleadores cumplen con este DNU, ya que la doctrina tradicional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a partir del fallo “De Luca” del 25 de febrero de 1969, criticó la constitucionalidad de las normas que restringen la facultad de despedir. A grandes rasgos, allí se estableció que la imposibilidad de despedir vulnera la garantía constitucional de la propiedad, pues resulta exorbitante y falto de razonabilidad que el despido injustificado de un empleado pueda acarrear para el empleador, que no se

aviene a reincorporarlo, la obligación de continuar pagándole los sueldos. De todas maneras, esta doctrina no es fácilmente trasladable a la situación actual, ya que se trata de un contexto grave y generalizado a nivel mundial.

Sin embargo, cuando la regla señaló su constitucionalidad en su declaración: “Esta crisis especial significa que se deben tomar medidas de la misma naturaleza para garantizar que las emergencias de los trabajadores no provoquen su desempleo, porque” el desempleo lleva a la población “marginación”, agregó el Ejecutivo en el considerando. Luego, la declaración decía: “El artículo 1733 del artículo b733 del Código Nacional Civil y Comercial estipula claramente que la «fuerza mayor» no puede renunciar a las consecuencias, o si la ley así lo estipula, su efecto no puede ser compensado”. Por lo tanto, el informe finalmente enfatizó que, debido a las disposiciones de la Constitución Nacional, en el caso “Aquino”, la Corte Suprema Nacional (“Decisión” 327: 3753) considera a los trabajadores como el objeto de protección prioritaria. Se debe establecer un mecanismo para garantizar la seguridad de los ingresos de los trabajadores, incluso cuando no sea posible proporcionar servicios en persona o en una alternativa previamente acordada.

IV. LA CONSTITUCIONALIDAD DEL DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA NÚM. 329

Repasemos el cumplimiento de los requisitos formales y sustantivos del artículo 99 incisos 1 y 3 de la carta magna:

1. *Requisitos formales*

Fue emitido en el Acuerdo Ministerial General; aunque las cuestiones legislativas (empleo y emergencias laborales) no abordan cuestiones explícitamente excluidas por la Constitución (delincuencia, impuestos, elecciones o sistemas de partidos políticos), y de acuerdo con las disposiciones de la Ley núm. 26.122, la medida se comunica al comité bicameral permanente

2. *Requisitos sustantivos*

La necesidad (propósito público) apareció en el caso de riesgos sociales graves, lo que marca la naturaleza especial de la delegación legislativa (artículo

76 de la Constitución Nacional); involucra los intereses vitales de la comunidad. En lo que se refiere a la condición de urgencia es imposible seguir el manejo de los procedimientos ordinarios por parte de la Asamblea Nacional. Obviamente, la situación que debe ser resuelta por la legislación es tan urgente que debe corregirse inmediatamente durante un periodo que no corresponde al periodo requerido por el procedimiento normal de aprobación de la ley. Por su parte, la racionalidad va más allá de la conveniencia política y se basa en los principios imperdonables de la justicia social y las estimaciones ponderadas de las condiciones socioeconómicas aplicables a su emergencia real y aparente. La temporalidad es de 60 días, lo que muestra la naturaleza temporal de la prohibición de disolución desde la perspectiva de la legislación. El control judicial posterior: los tribunales laborales del país pueden controlar claramente la legalidad de los dispositivos legales y revisar su legalidad. Y por último lo que concierne a la proporcionalidad: quizás éste es uno de los temas más controvertidos en esta medida. Como requisito para la validez de la DNU, el Tribunal Federal exige que la norma no cambie la esencia de la relación legal de su legislación; es decir, incluso en una emergencia, no se eliminarán los derechos limitados (por ejemplo, la terminación de contratos de trabajo sin motivo, y contratos de trabajo por falta o reducción de trabajo y fuerza mayor). Las disposiciones legales elevarán el estado legal del empleo irrazonable y los motivos de fuerza mayor y falta de trabajo o reducción del trabajo a un acto ilegal; en caso de que ocurra, no tendrá efecto legal (es decir, será inválido, aunque la regla omite, porque tales declaraciones son típicas de actividades en jurisdicciones).

Por lo tanto, se proporciona temporalmente la estabilidad adecuada para las relaciones contractuales que se basan en la ley pública y privada: cambiar el marco legal. Así, la ley de estabilidad relativa proporcionada por la Constitución Nacional para estas conexiones nos hace preguntarnos si las condiciones de validez anteriores se cumplen realmente. Este es el poder que posee el Legislativo (en caso de emergencia, el Poder Ejecutivo pasa al Poder Legislativo). Son las herramientas analíticas para garantizar la prevención del despido arbitrario, y se establece una base legal para regular las relaciones laborales y las consecuencias de la terminación de los contratos laborales.

Las respuestas a las preguntas planteadas (reitero que no es imposible de observar) son una base sólida planteada en la recitación del DNU 329/2020.8. De hecho, el despido irrazonable y el despido por falta o reducción de trabajo y fuerza mayor están prohibidos, lo que garantiza un marco para emergencias públicas en los asuntos económicos, financieros, fiscales, administrativos, de

seguridad social, aranceles, energía, salud y sociales. Está totalmente protegido contra el despido arbitrario (artículo 14 bis de la Constitución Nacional) (Ley núm. 27.541, DNU 260/2020 y DNU 297/2020), ya que se ha demostrado que es una condición necesaria para garantizar la fuente del trabajo. En otras palabras, el DNU 34/2019 sigue aumentando la protección de la remuneración razonable del despido arbitrario, temporalmente incapaz de proteger efectivamente los intereses legales: protegiendo la fuente del trabajo (y la remuneración, intereses sociales y otros intereses de las personas que trabajan en una relación dependiente). En emergencias públicas especiales, los trabajadores deben estar protegidos del daño directo causado generalmente por la desaparición de los lazos laborales (desempleo, falta de ingresos económicos, incapacidad para acceder a servicios médicos privados, etcétera). Después de los asuntos económicos, financieros, administrativos, de pensiones, aranceles, energía, salud y sociales, se deben tomar medidas efectivas y poderosas para protegerlos. Para ser precisos, éste es uno de los criterios para evaluar la necesidad y la urgencia de levantar la prohibición temporal: la falta de otras alternativas adecuadas para lograr el objetivo deseado.

V. COMPARACIÓN ENTRE EL DNU 329/2020 CON LA LEY 25.561

La Ley núm. 25561 (*B.O.* del 7 de enero de 2002) declaró una emergencia pública en asuntos sociales, económicos, administrativos, financieros y cambiarios. El DNU 329/2020 se emitió bajo el estado de emergencia pública estipulado por la Ley núm. 27.541, que abarca asuntos económicos, financieros, administrativos, de pensiones, aranceles, energía, salud y sociales; el DNU 260 ordenó la extensión del estado de emergencia de salud/2020 y su enmienda DNU 297/2020, que estableció las medidas de “aislamiento social, preventivo y obligatorio” y la extendió hasta el 12 de abril (inclusive). La comparación entre los dos estándares proporciona cuatro diferencias sustanciales:

- a) La Ley núm. 25.561 ha sido suspendida por 180 días, y sólo existe la posibilidad de despido sin causa.
- b) De hecho, no restringe el poder del empleador para despedir, pero su propósito es liberar al empleador de la actitud de abolición debido a los mayores costos de compensación. En otras palabras, la Ley no impide la terminación de la garantía sin razones justificables, sino que impone la obligación de pagar una compensación más alta si el contrato de tra-

jo se rescinde arbitrariamente dentro de un cierto periodo, cuando la protección legal se considera más alta (eventos públicos emergentes y factores de desempleo).

- c) El Decreto 2639/2002 (*BO* del 20 de diciembre de 2002) estipula que las disposiciones de la parte final de las artes se incluirán en la relación dependiente de los nuevos trabajadores a partir del 1o. de enero de 2003, de conformidad con las disposiciones de la Ley núm. 20.744. El artículo 16 de la Ley núm. 25.561 (más tarde ampliado por el Decreto 883/2002) no se aplica a los empleadores, siempre que la incorporación mencionada anteriormente represente el aumento real en la fuerza laboral total que posee el empleador al 31 de diciembre de 2002. El DNU 329/2020 no requiere este requisito.
- d) El Decreto 265/2002 permite que los procedimientos de prevención de crisis de la empresa se inicien de acuerdo con los requisitos de la asignatura autorizada por los artículos 99 de la Ley 24.013 (empleadores, asociaciones profesionales que representan a trabajadores de empresas en crisis) que aprueba el pleno efecto de la Ley 24.013, el artículo 2072/1994 y el artículo 98 de la Ley 328/1988.

VI. CONCLUSIÓN

Entre otras razones, en el memorándum explicativo del decreto mencionado anteriormente, la subsección b) del CCCN 2 de 1733 estipula claramente la posibilidad de que la “fuerza mayor” no pueda renunciar a las consecuencias, o su efecto puede ser compensado si la ley establece tales circunstancias. Dichas excepciones constituyen una orden de DNU 329/2020, que es suficiente para probar su legalidad desde la perspectiva del derecho civil.

Sin embargo, el artículo 17303 del mencionado organismo regulador considera a los eventos accidentales o de fuerza mayor como hechos imprevisibles o inevitables; también estipula que, en este caso, la disposición opuesta puede eximir de responsabilidad. Y esto es precisamente toda la legislación de emergencia: resoluciones 178/2020 y 184/2020 del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social —repetidas hoy—; 202/2020, 207/2020, 219/2020 —repetidas hoy— y 279/2020; los DNU 297/2020 y otros. La cláusula es contraria a disposiciones de la cláusula anterior, porque garantiza que todas las personas que trabajan en una relación de dependencia, incluso aquellas que

no han sido remuneradas debido a la suspensión del empleo, pueden disfrutar plenamente de su compensación debido al aislamiento social.

De esta manera, la legislación de emergencia claramente prioriza la protección de la remuneración para hacer efectiva la conexión del contrato laboral, en lugar del derecho a ser despedido en términos artísticos (LCT 247) o en despido injusto.

Finalmente, los requisitos del artículo C.C.N.5 núm. 955 concluyó el argumento presentado por casualidad o fuerza. Las leyes y regulaciones anteriores requieren que, como condición para eximir la responsabilidad de la agencia, la posibilidad de avance sea absoluta y permanente, y esta situación sea de naturaleza temporal y reversible con una emergencia (como una pandemia causada por COVID-19). En resumen, no es necesario liberar el DNU 329/2020, pero es conveniente porque ayuda a mejorar la seguridad jurídica y limita las discusiones legales a su constitucionalidad y alcance bajo cualquier circunstancia.

VII. REFERENCIAS

- ÁRESE, César, “Impactos laborales de la emergencia sanitaria y el aislamiento obligatorio del DNU 297”, *RC D 1436/2020*.
- ÁVALOS, Eduardo, “Los decretos de necesidad y urgencia en Argentina, desde 1853 hasta nuestros días”, disponible en: www.revistas.unc.edu.ar.
- “Pirámide de Kelsen, el imperio del derecho”, disponible en: insuniversalis.blogia.com.
- “Prohíben por DNU los despidos y suspensiones por fuerza mayor durante 60 días”, disponible en: <https://www.errei.us.com/actualidad/2/laboral-y-de-la-seguridad-social/Nota/675/>.
- MACHADO, José Daniel y ÁRESE, César (dirs.), *Revista de Derecho Laboral, Actualidad*, Suplemento digital, Dossiers núms. 1 y 2, Buenos Aires, Editorial Rubinzal-Culzoni, s. f., disponible en: https://www.juschubut.gov.ar/images/Dossier_Laboral_1.pdf.