

# **POR QUÉ (EN PRINCIPIO) CREO EN LA CONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 16 DE LA LEY 25.561 Y LOS DECRETOS 264 Y 265 DEL AÑO 2002**

**POR JULIO CÉSAR SIMON**

La devastadora e inédita crisis institucional, social y económica que azota nuestro país, lejos de perturbar nuestra capacidad de análisis, debe motivarnos para avanzar en el debate de temas que durante más de una década estuvieron soslayados por un pensamiento académico y político que ahora también se encuentra en discusión.

Uno de esos tópicos es la emergencia, que sin ser nuevo, ha sido observado durante mucho tiempo como el sustrato fundante de las normas que avanzaban sobre determinadas garantías o estándares del derecho del trabajo.

Sin embargo, el concepto de emergencia es el que ahora ofrece esa misma base primaria para que la Ley 25.561, entre otras medidas, disponga en el segundo párrafo del artículo 16 la suspensión por ciento ochenta días de los despidos sin causa justificada, obligando a los empleadores, en caso de incumplimiento, al pago del doble de la indemnización que les correspondiese a los trabajadores perjudicados, de conformidad a la legislación laboral vigente.

Esta aplicación, a mi juicio positiva de la emergencia, da cuenta de la observación practicada en período de entreguerras por Otto Kahn-Freund, para quien el Derecho es una técnica de regulación del poder social. Afirmación válida para el Derecho del Trabajo como para otros sectores de cualquier ordenamiento jurídico.

Sólo en conexión con este fenómeno del poder social se podrían entender las normas del Derecho Laboral. Más aún, sólo entendiendo la vinculación entre el Derecho y el poder social, con independencia de la participación del primero sobre el segundo, se podrían analizar los temas que aquí estamos tratando.

El artículo 16, además, se ajusta a los parámetros que la jurisprudencia y la doctrina han previsto para las disposiciones de este tipo: es una norma de suspensión, no de supresión, tiene un plazo temporal definido (no es permanente) y tiene un carácter general, sin excepciones o privilegios para sector alguno.

No quiero dejar de observar, a esta altura del relato, que el fundamento de la emergencia fue utilizado reiteradamente para disminuir el "piso" de las garantías de derechos individuales o colectivos de los trabajadores.

Ello no sólo comprende la sanción de leyes sino también la emisión de decretos sostenidos en textos legales de emergencia general, como sucedió con el Decreto N° 817/92, que luego derivó en el leading case "Cocchia" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Fue tal el grado de intervención, que el Alto Tribunal debió declarar inadmisibles las negociaciones obligadas de condiciones laborales por debajo del mínimo establecido en la Ley de Contrato de Trabajo.

Ahora bien, en el mencionado fallo se caracterizó al Decreto N° 817/92 como un reglamento de ejecución complementario de un programa global de transformación del Estado.

Si ello es así, ¿Por qué las normas en examen no pueden ser vistas como reglamentos de ejecución de un programa nacional de preservación del empleo y racionalización del conflicto colectivo?

En ese marco es que interpreto el Decreto 264 cuando impone el procedimiento de crisis de empresas o la comunicación del Decreto 328/88, cuando no se alcancen los porcentajes de la Ley de Empleo, como instancia previa a la notificación del despido incausado.

El criterio sustentado por la Administración, en su artículo 4°, referente a los rubros que comprenden la duplicación sigue las pautas aceptadas por el tribunal que integro, donde se ha estimado razonable excluir de sistemas sancionatorios similares las denominadas indemnizaciones agravadas o especiales.

En cuanto al Decreto 265, si bien no se fundamenta en la emergencia, entiendo que también forma parte del mismo bloque legal, en tanto además de regular aspectos de la Ley 24.013, permite la apertura de oficio por la Administración y admite una serie de medidas tendientes a desalentar cualquier apartamiento del procedimiento.

Con este último texto, según creo, se visualiza la trascendencia que el tema de la emergencia tiene para reavivar el análisis sobre las características del sistema de relaciones laborales en Argentina.

Ya en 1967 Justo López puso de manifiesto el cambio operado en el poder de mando del empleador, luego del primer período histórico del capitalismo liberal. En una segunda fase, expresó, mediante la intervención legislativa se produce el reconocimiento de ese poder de mando como poder jurídico y la consiguiente fijación de sus límites. Esto ocurre mediante la imposición legal de una disciplina del despido tendiente a proteger la estabilidad del trabajador en el empleo.

Posteriormente, en otro notable artículo del año 1969, Justo López planteaba un interrogante de actualidad ¿Es inconstitucional el derecho a la estabilidad? En ese texto, el autor afirma que la pregunta debe reconvertirse a una nueva, esto es, si la gestión privada de la actividad económica implica necesariamente la validez jurídica de los actos de despido arbitrario.

La conclusión es que la estabilidad constituye un derecho reconocido en nuestro ordenamiento jurídico con independencia del modo o tipo de sanción que lo garantice.

La protección contra el despido arbitrario cualquier sea el modo como se encare es siempre una protección del derecho a la estabilidad. En cualquiera de los modos de protección a esta garantía, se esta ante una limitación sustancial de la disponibilidad de los contratantes sobre el contrato de trabajo.

En síntesis, surge la función irremplazable del derecho individual del trabajo como instrumento de justicia y paz social, limitando la autonomía negocial y limitando los poderes jerárquicos del empleador.

Como se afirma en la obra colectiva "Trabajo y Empleo" dirigida por Alain Supiot, las condiciones de la acción pública se han modificado. Tomando como referencia a los servicios públicos, el movimiento general marca el tránsito de un Estado gerente a un Estado garante, lo que supone nuevas formas de intervención de la sociedad civil.

La sociedad política no podría contentarse ni con el Estado mínimo del neoliberalismo ni con el mantenimiento puro y simple del Estado providencia, planteándose un nuevo modo de intervención en materia socioeconómica.

A partir de la realidad y en consonancia con las disposiciones supranacionales incorporadas a nuestra Carta Magna, resulta imprescindible reformular el paradigma jurídico constitucional del artículo 14 bis referido a la protección contra el despido arbitrario.

Esta transformación intelectual, indicaría que la posibilidad del despido incausado no sería la regla general sino la excepción, quedando desplazada por el nuevo principio que emerge en la materia, que es el de la limitación al despido para el empleador.

Nótese que no hablo de una "estabilidad propia" general para los trabajadores, sino de un incremento en la intensidad de la protección garantizada constitucionalmente, que supera el mero abono de una indemnización tarifada.

La fortaleza del paradigma que se estaría alumbrando tiene su acento en el conjunto armónico de disposiciones supranacionales incorporadas a partir de 1994 a nuestra Constitución, a las que cabe sumar la jurisprudencia de organismos internacionales especializados (cfr. Pacto de San José de Costa Rica).

Esta integración pone una luz diferente sobre la garantía del artículo 14 bis dirigida a rescatar variables de interpretación hasta ahora inadvertidos.

En definitiva, dejando constancia que se trata de una opinión personal preliminar, concluyo que las normas en examen podrían encuadrarse en los contornos jurídicos apuntados, quedando subsistente para un mayor tratamiento estas últimas reflexiones sobre la manera de enfocar el constitucionalismo social en el presente siglo.-