

SOBRE LA PROHIBICIÓN DE LAS SUSPENSIONES DURANTE LA EMERGENCIA SANITARIA COVID-19 Y LA SUPUESTA EXCEPCIÓN DEL ART. 223 BIS LCT

Por Leonardo Elgorriaga

Introducción:

Respondiendo a una necesidad imperiosa del conjunto de trabajadores y trabajadoras, el DNU N° 329/2020 en sus arts. 2° y 3° prohibió a partir de su publicación (31/03/2020) y por el término de 60 días los despidos sin justa causa, y los despidos y las suspensiones por fuerza mayor y por falta o disminución de trabajo. Esta medida fue dictada cuando ya miles de trabajadores y trabajadoras habían perdido sus fuentes de trabajado, o se les había notificado la suspensión de sus contratos de trabajo sin goce de haberes o con reducción de los mismos, en el contexto de una emergencia sanitaria y social generada por la pandemia del COVID-19.

La prohibición de los despidos y de las suspensiones durante la vigencia de la referida emergencia sanitaria y social, es una medida que se deriva del propio principio protectorio del art. 14 bis CN ante el peligro eminente de que miles de trabajadores y trabajadoras continúen perdiendo sus puestos de trabajo o sean suspendidos en el marco de dicha emergencia. Tales prohibiciones también se derivan de la propia normativa de emergencia dictada hasta el momento, en particular del art. 8 del DNU N° 297/2020 que reconoció el derecho a todos los trabajadores y trabajadoras del sector privado al goce íntegro de sus ingresos habituales durante la vigencia del “aislamiento social, preventivo y obligatorio”. La pandemia del COVID-19 y el consecuente aislamiento social, constituyen hechos que han sido previstos por una normativa de emergencia especialmente dictada para intentar responder a tal situación y han impuesto al conjunto de los empleadores el deber de seguir abonando los haberes habituales. Esto significa que los empleadores no pueden invocar fuerza mayor o imposibilidad de cumplimiento de sus obligaciones durante la vigencia de la pandemia para despedir o suspender personal, tal como lo establece el art. 1733 inc. b) del CCyC. Los contratos de trabajo deben continuar vigentes con el consiguiente derecho para trabajadores y trabajadoras de seguir percibiendo en forma íntegra sus haberes habituales.

Sin embargo, en lo que respecta a la prohibición de las suspensiones por fuerza mayor o por falta o disminución de trabajo, el art. 3° del DNU N° 329/2020 agrega que: *“Quedan exceptuadas de esta prohibición las suspensiones efectuadas en los términos del artículo 223 bis de la Ley de Contrato de Trabajo”*. Este agregado ha sido incorrectamente interpretado en el sentido de que habrían quedado exceptuadas de la prohibición de las suspensiones aquellas que hayan sido acordadas individual o colectivamente, como si el art. 223 bis LCT contenga un supuesto de suspensión diferente al previsto en la restante normativa referida a las suspensiones por razones económicas y que serían aquellas suspensiones que sean “acordadas”. En base a esta incorrecta interpretación, cientos de empresas se encuentran en la actualidad negociando con asociaciones sindicales acuerdos colectivos de suspensión con reducciones salariales, o están imponiendo a sus trabajadores y trabajadoras acuerdos individuales en esos mismos términos.

No se nos escapa que fue la intención del gobierno abrir una puerta para que las empresas pudieran acordar suspensiones y eludir así la prohibición de las suspensiones por fuerza mayor o por falta o disminución de trabajo declarada por el art. 3º del DNU N° 329/2020, intentado con ello trasladar al bolsillo de miles de trabajadoras y trabajadores las consecuencias económicas de la emergencia sanitaria, violando así los fines y objetivos de la propia normativa de emergencia y del principio protectorio del art. 14 bis CN en que se inspiran. No obstante, pese a que fue esa la finalidad buscada, la vía jurídica utilizada para ello resulta totalmente equivocada ya que el art. 223 bis LCT no contempla ningún supuesto diferente de suspensión a las prohibidas por la primera parte del art. 3º del DNU N° 329/2020. Tampoco trata sobre acuerdos individuales o colectivos de suspensión que las lance a la categoría de otro supuesto distinto de suspensión. Se trata el art. 223 bis LCT de una disposición que trata sólo de asignaciones acordadas individual o colectivamente en compensación por días de suspensión por motivo de fuerza mayor o por falta o disminución de trabajo. Son tales asignaciones las que se acuerdan y no las suspensiones mismas, las cuales, insistimos, se encuentran todas ellas prohibidas por el art. 3º del DNU N° 329/2020.

La falta de viabilidad jurídica de la aparente excepción prevista en la mencionada disposición, torna contrario a derecho cualquier acuerdo individual o colectivo que viole la prohibición de las suspensiones y/o avale la reducción de salarios, como así también cualquier resolución homologatoria de tales acuerdos en sede administrativa. En el presente trabajo analizaremos tales extremos a los efectos de aportar elementos jurídicos para impugnar administrativamente o judicialmente acuerdos de tal naturaleza.

Las justas causas de suspensión y la prohibición del DNU N° 329/2020:

El Capítulo V del Título X de la LCT, trata: *“De las suspensiones por causas económicas y disciplinarias”*. El art. 218 LCT con que comienza dicho capítulo dice de manera determinante: *“Toda suspensión dispuesta por el empleador para ser considerada válida, deberá fundarse en justa causa, tener plazo fijo y ser notificada por escrito al trabajador”*. Es decir que, para que el empleador pueda suspender a un trabajador o trabajadora, la misma debe estar fundada en justa causa.

Las justas causas de suspensión se encuentran previstas en el art. 219 LCT, que dice también de forma suficientemente clara que: *“Se considera que tiene justa causa la suspensión que se deba a falta o disminución de trabajo no imputable al empleador, a razones disciplinarias o a fuerza mayor debidamente comprobada”*. Por lo tanto, las únicas justas causas de suspensión son por: a) falta o disminución de trabajo no imputables al empleador; b) razones disciplinarias; y c) fuerza mayor debidamente comprobada.

Ahora bien, el art. 3º del DNU N° 329/2020 ha prohibido por el término de 60 días a partir de su publicación (31/03/2020) las suspensiones por causa de fuerza mayor y por falta o disminución de trabajo. Por lo tanto, salvo las suspensiones por razones disciplinarias, todas las suspensiones por causas económicas previstas en el art. 219 LCT se encuentran prohibidas por dicha disposición de emergencia. Estas son: las suspensiones por fuerza mayor debidamente comprobadas y las suspensiones por falta o disminución de trabajo no imputable al empleador.

Como indicábamos en la introducción, tal prohibición comprende a todas las causales de suspensiones por razones económicas previstas en la LCT, no existiendo ninguna otra de esas causales que haya quedado fuera de la misma. En ese sentido, el art. 223 bis LCT no contempla ni introduce en la LCT ninguna otra justa causa de suspensión por razones económicas que las precedentemente indicadas, no siendo jurídicamente operativa la

excepción a la cual hace referencia la segunda parte del art. 3º del DNU N° 329/2020 por no contener dicha disposición otra causal de suspensión por razones económicas que las antes expuestas. Para fundar tal afirmación, realizaremos a continuación un análisis gramatical del art. 223 bis LCT.

Análisis gramatical del art. 223 bis LCT:

El art. 223 bis LCT se encuentra en el mismo Capítulo V del Título X dentro del apartado titulado: “Salarios de suspensión”. Esta ubicación ya de por sí nos indica sobre qué temática versa dicho artículo. El mismo dice textualmente: “Se considerará prestación no remunerativa las asignaciones en dinero que se entreguen en compensación por suspensiones de la prestación laboral y que se fundaren en las causales de falta o disminución de trabado, no imputables al empleador, o fuerza mayor debidamente comprobada, pactadas individual o colectivamente y homologadas por la autoridad de aplicación conforme normas legales vigentes, y cuando en virtud de tales causales el trabajador no realice la prestación laboral a su cargo. Sólo tributará las contribuciones establecidas en las Leyes Nros. 23.660 y 23.661”.

Pese a la claridad del sentido y alcance de tal artículo, el hecho de que muchos interpreten que el mismo hace referencia a otra causal de suspensión por razones económicas diferente a las prohibidas por la primera parte del art. 3º del DNU N° 329/2020, e incluso interpreten de que hace referencia a acuerdos individuales y colectivos de suspensión, obliga a realizar una análisis gramatical minucioso del mismo.

A tales fines, para comprender adecuadamente el sentido y alcance del art. 223 bis LCT, proponemos la siguiente estructura gramatical del mismo:

VERBO:	<i>“Se considerará...</i>	SINTAGMA VERBAL (predicado)
ATRIBUTO:	<i>...prestación no remunerativa ...</i>	
DETERMINANTE:	<i>...las...</i>	SINTAGMA NOMINAL (sujeto)
NÚCLEO:	<i>...asignaciones...</i>	
COMPLEMENTOS O MODIFICADORES NOMINALES:	<i>...en dinero que se entreguen en compensación por suspensiones de la prestación laboral y que se fundaren en las causales de falta o disminución de trabado, no imputables al empleador, o fuerza mayor debidamente comprobada, pactadas individual o colectivamente y homologadas por la autoridad de aplicación conforme normas legales vigentes, y cuando en virtud de tales causales el trabajador no realice la prestación laboral a su cargo”.</i>	

Se puede apreciar que el núcleo gramatical del sintagma nominal del art. 223 bis LCT son unas determinadas asignaciones a las cuales las considera con naturaleza no remunerativa, salvo en lo que respecta a las contribuciones establecidas en las Leyes 23.660 y 23.661. Esto se corresponde con el título del apartado del Capítulo V del que forma parte dicho artículo que se denomina: “*Salarios de suspensión*”.

Para precisar todavía más la estructura gramatical de dicho artículo para fijar su justo alcance, debemos aclarar qué se entiende por “complementos o modificadores nominales” dado que en el cuadro precedente abarca el cuerpo mayor del contenido del artículo.

Los “complementos o modificadores nominales” sirven para definir y/o precisar al núcleo de la oración mediante proposiciones adjetivas, aposiciones, etc. En este caso, sirven para responder a la pregunta: ¿qué asignaciones se consideran prestación no remunerativa?. Como en el universo del discurso del art. 223 bis LCT no todas las asignaciones se las considera no remunerativas, corresponde que las mismas sean precisadas para saber a qué asignaciones hace referencia.

Es así que, para el art. 223 bis LCT, las asignaciones a las cuales manda a considerar como prestación no remunerativa son las que reúnen todas estas propiedades y/o características:

- 1) Ser en dinero;
- 2) Se entregan en compensación por suspensiones de la prestación laboral y que se fundan en las causales de falta o disminución de trabajo no imputables al empleador, o fuerza mayor debidamente comprobada;
- 3) Son pactadas individual o colectivamente y homologadas por la autoridad de aplicación conforme normas legales vigentes;
- 4) Y cuando en virtud de tales causales previstas en el punto 2) el trabajador no realiza la prestación laboral a su cargo.

Como decíamos anteriormente, todas estas propiedades, características o requisitos de los llamados “complementos o modificadores nominales” hacen referencia al núcleo gramatical del sintagma nominal del art. 223 bis LCT. Es decir, hacen referencia a las asignaciones que son las que manda a considerar como prestación no remunerativa.

Podemos apreciar con total claridad de que el art. 223 bis LCT trata sobre acuerdos individuales o colectivos en donde se pactan asignaciones en dinero en compensación por suspensiones fundadas en fuerza mayor debidamente acreditada o en falta o disminución de trabajo no imputables al empleador, asignaciones que tendrán, según dicho artículo, carácter no remunerativo, salvo en lo que respecta a las contribuciones establecidas en las Leyes 23.660 y 23.661. Lo que se pacta son tales asignaciones y no la suspensión misma. Las causales de suspensión a partir de las cuales se pacta tales asignaciones compensatorias son las que han sido prohibidas expresamente por el art. 3º del DNU N° 329/2020: fuerza mayor debidamente acreditada y falta o disminución de trabajo no imputables al empleador. Estas son las únicas justa causa de suspensión por razones económicas que menciona también el art. 219 LCT y todo el Capítulo V sobre: “*De las suspensiones por causas económicas y disciplinarias*”.

En consecuencia, por más que se quiera instalar la idea de que el art. 223 bis LCT contiene otra justa causa de suspensión económica distinta a las mencionadas en el art. 219

LCT y que a partir de dicho artículo se podrían pactar individual o colectivamente suspensiones por motivos económicos, esa idea no concuerda en lo más mínimo con el claro sentido y alcance de dicha disposición legal. El mismo hace referencia a acuerdos individuales o colectivos donde se pactan asignaciones en compensación por suspensiones económicas y no a acuerdos de suspensión. Las únicas justas causas de suspensión por razones económicas previstas en nuestra legislación son las mencionadas por el art. 219 LCT y se encuentran todas ellas prohibidas por el art. 3 del DNU N° 329/2020.

El art. 8 del Decreto N° 332/2020:

Nos gustaría realizar algunas consideraciones respecto al art. 8 del Decreto N° 332/2020 porque muchos ven en el mismo un apoyo a la idea de que se encontrarían supuestamente exceptuadas de la prohibición de las suspensiones aquellas que sean “acordadas”.

El Decreto N° 332/2020 entró en vigencia el día 1/04/2020, es decir, al día siguiente en que lo hizo el DNU N° 329/2020. El mismo crea el “Programa de Asistencia de Emergencia al Trabajo y la Producción” que tiene como beneficiarios a empleadores y empleadoras, y trabajadores y trabajadoras afectados por la emergencia sanitaria, y que cumplan con los requisitos previstos en dicho decreto.

Entre los beneficios del referido programa se encuentra una asignación compensatoria al salario cuyos alcances son fijados por el art. 8 del decreto. El párrafo final de ese artículo dice textual: *“En caso que el empleador o la empleadora suspenda la prestación laboral el monto de la asignación se reducirá en un VEINTICINCO POR CIENTO (25%) y podrá ser considerada como parte de la prestación no remunerativa definida en los términos del artículo 223 bis de la Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744 T.O. 1976 y sus modificaciones”*.

Muchos interpretan, no sabemos cómo, que ése párrafo estaría confirmando que estarían exceptuados de la prohibición de las suspensiones del art. 3° del DNU N° 329/2020 las suspensiones “acordadas” en los términos del art. 223 bis LCT.

En primer lugar, dicho párrafo del art. 8 del Decreto N° 332/2020, al igual que el art. 223 bis LCT, en ningún momento hace referencia a “acuerdos de suspensión”. Por el contrario, el mismo comienza diciendo textual: *“En caso que el empleador o la empleadora suspenda la prestación laboral...”*. Es decir que se refiere a suspensiones dispuestas unilateralmente por el empleador o la empleadora.

En segundo lugar, dicho párrafo hace referencia al art. 223 bis LCT con el mismo alcance que indicamos anteriormente nosotros al decir: *“...el monto de la asignación se reducirá en un VEINTICINCO POR CIENTO (25%) y podrá ser considerada como parte de la prestación no remunerativa definida en los términos del artículo 223 bis de la Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744...”*. El art. 223 bis LCT define una prestación no remunerativa que son justamente las asignaciones pactadas individual o colectivamente en compensación por suspensiones económicas, que es lo único de que trata dicho artículo. Es decir que el art. 8 del Decreto N° 332/2020 no hace referencia al art. 223 bis LCT como una disposición que trate de “acuerdos de suspensión”.

A modo de conclusión para este punto, debemos afirmar que el art. 8 del Decreto N° 332/2020 no cambia la situación analizada anteriormente y se trata de un párrafo que sólo podrá tener aplicación cuando venza el término de prohibición de las suspensiones establecida por el art. 3° del DNU N° 329/2020. Mientras tanto, los empleadores y las empleadoras no pueden suspender personal.

No existen excepciones a la prohibición de las suspensiones y al deber de abonar salarios en su integridad:

En virtud de lo precedentemente expuesto, podemos concluir que el art. 223 bis LCT no introduce ningún supuesto distinto de suspensión por motivos económicos que los prohibidos por el art. 3º del DNU N° 329/2020. Tampoco trata sobre suspensiones “acordadas” individual o colectivamente.

Entonces, cuando la segunda parte del art. 3º del DNU N° 329/2020 dice: *“Quedan exceptuadas de esta prohibición las suspensiones efectuadas en los términos del artículo 223 bis de la Ley de Contrato de Trabajo”*, ¿a qué suspensiones está haciendo referencia?.

Desde nuestro punto de vista, no está haciendo referencia a ningún otro supuesto de suspensión porque en el art. 223 bis LCT no introduce ninguno supuesto distinto a los ya previstos. Incluso las únicas causales que menciona en su texto son fuerza mayor y falta o disminución de trabajo que son justamente las causas de suspensión prohibidas por el art. 3º del DNU N° 329/2020.

Como mencionamos en la introducción, no se nos escapa que la intención del Poder Ejecutivo era abrir una puerta para que las empresas puedan suspender personal y acordar reducciones salariales, en violación a la propia normativa de emergencia. Pero la vía legal utilizada resulta totalmente equivocada a esos fines y se convirtió en una excepción inexistente, por lo menos en lo que respecta a la posibilidad de suspender y reducir salarios.

Si el empleador no puede suspender por causa de fuerza mayor o por falta o disminución de trabajo en virtud de la prohibición, tampoco podrá en los términos del art. 223 bis LCT acordar asignaciones en compensación por tales suspensiones. Tampoco podrá acordar individual o colectivamente rebajas salariales, por violar tales acuerdos lo previsto por el art. 8 del DNU N° 297/2020 que reconoce para todos los trabajadores y trabajadoras del sector privado el goce íntegro de sus ingresos habituales durante la vigencia del “aislamiento social, preventivo y obligatorio”.

La única subsistencia posible que le cabe al art. 223 bis LCT en el actual contexto normativo es la posibilidad de acordar individual o colectivamente el carácter no remunerativo de los salarios abonados durante la actual emergencia sanitaria, salvo en lo que respecta a las contribuciones establecidas en las Leyes 23.660 y 23.661, pero manteniendo la integridad de esos salarios como establece el art. 8 del DNU N° 297/2020. Estos posibles acuerdos modificarían el actual carácter remuneratorio que tienen esos salarios a partir de que la Resolución MTESS N° 279/2020 dejara sin efecto a la Resolución MTESS N° 219/2020 cuyo art. 1º le asignaba carácter no remunerativo a las sumas percibidas por aquellos trabajadores y trabajadoras que no presten tareas en su lugar de aislamiento.

Debemos agregar sin embargo, que tales acuerdos que buscan modificar el carácter remuneratorio de los salarios podrían ser objetados constitucionalmente por violar lo previsto en el Convenio N° 95 de la OIT, de jerarquía suprallegal (art. 75 inc. 22 CN), conforme la doctrina de la CSJN en fallos: “Pérez, Aníbal Raúl c/ Disco S.A.” (Fallos: 332:2043), González, Martín Nicolás c. Polimat S.A. (Fallos 333:699) y “Díaz Paulo Vicente c/ Cervecería y Maltería Quilmes S.A.” (Fallos 336:593), entre otros.

En consecuencia, concluimos que no existe ninguna excepción viable legalmente a la prohibición de las suspensiones establecida por el art. 3º del DNU N° 329/2020, como así

tampoco existe ninguna posibilidad de reducir salarios en el actual contexto de emergencia sanitaria.

Nulidad de los acuerdos de suspensión y de rebaja salarial – Revisión judicial:

Como consecuencia de todo lo precedentemente expuesto, resultan contrarios a la normativa de emergencia y al principio protectorio del art. 14 bis CN de la cual se deriva, cualquier acuerdo de suspensión y/o de reducción salarial. En particular, tales acuerdos resultan violatorios de la prohibición de las suspensiones declarada por el art. 3º del DNU N° 329/2020 y de la obligación de seguir abonado en su integridad los salarios durante la vigencia del aislamiento social, preventivo y obligatorio, establecido por el art. 8 del DNU N° 297/2020.

Siendo que la homologación por parte de la autoridad administrativa del trabajo importa un control de legalidad de los acuerdos sometidos a su control, tales acuerdos no deben ser homologados por resultar contrarios a la normativa de emergencia precedentemente indicada como parte del orden público laboral (art. 12 LCT) que se desprenden del principio protectorio del art. 14 bis CN.

Para el caso muy probable de que la autoridad administrativa del trabajo homologue tales acuerdos, los mismos son susceptibles de revisión judicial como se deriva del derecho a la jurisdicción (arts. 1, 18 y 75 inc. 22 CN) y del imperio efectivo del bloque constitucional de derechos humanos laborales (arts. 14 bis y 75 inc. 22 CN).

En el caso particular de los acuerdos colectivos que sean celebrados en violación de la mencionada normativa, los mismos resultan revisables judicialmente dado que no pueden contener disposiciones más perjudiciales para el trabajador y la trabajadora que los previstos en la propia Constitución Nacional, Tratados sobre Derechos Humanos con Jerarquía Constitucional, Tratados con jerarquía supra-legal, y las normas legales que rigen las instituciones del derecho del trabajo, conforme lo establecen el art. 8 LCT y art. 7 de la ley 14.250. La posibilidad de revisar judicialmente tales acuerdos colectivos y declarar su inaplicabilidad, ha sido reconocida por la CSJN en fallos tales como "Madorrán, Marta Cristina c/ Administración Nacional de Aduanas s/ reincorporación" (Fallos 330:1989) y "Díaz Paulo Vicente c/ Cervecería y Maltería Quilmes S.A." (Fallos 336:593), entre otros.