

## **Asignación no remunerativa para trabajadores dependientes del sector privado**

En el Boletín Oficial de hoy se publicó el Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) nº 1043/2018, mediante el cual (i) por un lado, se dispone el pago de una asignación no remunerativa de cinco mil pesos (\$ 5000), que en principio alcanza a todos los trabajadores en relación de dependencia del sector privado (con las exclusiones que más adelante se indicarán), y que habrá de instrumentarse en dos cuotas iguales: la primera de ellas, equivalente al 50% de aquel valor, junto con las remuneraciones del mes de Noviembre de este año, y la restante (el otro 50%), con las remuneraciones de Enero de 2019; y (ii) por otro, se establece un régimen temporal de procedimentalización de los despidos sin justa causa.

La norma exhibe una defectuosa técnica legislativa y adolece de múltiples imprecisiones, por lo que es altamente probable que genere conflictos a la hora de su interpretación y aplicación. Desarrollamos a continuación los aspectos sustanciales de su contenido.

### **1. La vía elegida para el dictado de la norma y su cuestionable validez constitucional.**

El primer aspecto a resaltar radica en la dudosa constitucionalidad de la vía elegida para su implementación, ya que se acude a un DNU hallándose en plena actividad el Congreso Nacional, y sin invocarse en la norma fundamentos válidos destinados a demostrar una situación de extraordinariedad que justifique el uso de dicho mecanismo legal de excepción.

### **2. Régimen de la asignación no remunerativa.**

#### **2.1. Ámbito de aplicación personal:**

La asignación no remunerativa prevista en la norma bajo análisis alcanza a todos los trabajadores en relación de dependencia del sector privado, con exclusión -en principio- de los trabajadores de la actividad agraria y del personal de casas particulares, respecto de quienes podría establecerse su implementación a través de los órganos normativos pertinentes con competencia en la materia.

Lo expuesto anteriormente implica que serán beneficiarios de la asignación tanto los trabajadores del sector privado comprendidos en convenios colectivos de trabajo, como los que se desempeñan con encuadre de fuera de convenio o excluidos de convenio (personal de dirección, jefes, gerentes, etc.).

Se excluye asimismo de su aplicación a los trabajadores del sector público, sea nacional, provincial o municipal, cualquiera sea su modalidad de vinculación y/o régimen laboral aplicable, lo que significa que no corresponderá el pago de la asignación aun cuando se trate de dependientes de la administración pública a los que se aplica el régimen de la LCT.

#### **2.2. Naturaleza de la prestación dineraria. Invalidez constitucional:**

La asignación se establece con naturaleza "no remunerativa", lo cual implica que no debería ser computada en la base para el cálculo y pago de las cargas sociales que se determinan sobre la remuneración ni sobre los demás conceptos que modulan sobre el salario (SAC, vacaciones,

indemnizaciones, etc.).

Sin embargo, semejante calificación se encuentra en pugna con la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en un caso similar ("González c/ Polimat", sentencia del 19/5/2010), en el que descalificó por inconstitucionales otros Decretos del Poder Ejecutivo que, desafiando la sustancia jurídica de la prestación, calificaron como no remuneratorias prestaciones de contenido similar.

En el citado precedente, el máximo Tribunal remitió a los considerandos expuestos en otro precedente anterior ("Pérez c/ Disco", 1/9/2009), donde a su vez estableció que "la naturaleza jurídica de una institución debe ser definida, fundamentalmente, por los elementos que la constituyen, con independencia del nombre que el legislador, o los particulares, le atribuyan" y que "toda ganancia que obtiene [el trabajador] del empleador con motivo o a consecuencia del empleo, resulta un salario; una contraprestación de este último sujeto y por esta última causa".

Desde que los propios considerandos de la norma reconocen como causa y fundamento de la prestación dineraria la prestación de servicios del trabajador (y la necesidad de adoptar medidas para "mantener los estándares adquisitivos de las remuneraciones"), la pretensión de despojarla de naturaleza salarial introduce el serio riesgo de que la misma sea cuestionada judicialmente por los trabajadores, con base en la doctrina del máximo Tribunal arriba expuesta, persiguiendo que se la compute para el cálculo del SAC, vacaciones, indemnizaciones y demás conceptos que modulan sobre la remuneración.

### **2.3. Modalidad de cuantificación:**

En cuanto a la modalidad de cuantificación de la asignación, la norma bajo análisis sólo contempla con elemento diferenciador la hipótesis de los trabajadores que desempeñan tareas en jornadas inferiores a la legal o convencional, supuesto en el que el monto de la misma debe ser calculada en forma proporcional.

Fuera de esta hipótesis, no se introducen otros distinguos vinculados con la modalidad del contrato de trabajo del personal comprendido (por lo que en principio aplicaría al personal contratado bajo cualquier modalidad temporal), ni tampoco se prevé un mecanismo de adecuación del monto de la asignación en función del lapso trabajado durante el año en curso (de modo que, en principio, cabría entender que corresponde abonar el monto íntegro aún a los trabajadores de reciente ingreso que cumplen jornada completa -o la proporción correspondiente si es jornada inferior-).

### **2.4. Caso de las empresas en crisis o declinación productiva:**

Como un intento de flexibilización en su aplicación, la norma establece que, respecto de las actividades o sectores que se encuentren especialmente en crisis o declinación productiva, las partes signatarias de los convenios colectivos de trabajo respectivos podrán adecuar su implementación, en cuanto a plazos y montos.

La técnica seguida es más que opinable y genera incertidumbre en cuanto al alcance del precepto, puesto que más allá de la inespecificidad de los supuestos fácticos que justificarían la adecuación (lo que de suyo puede configurar una fuente de conflictos), lo cierto es que no se contempla a texto expreso la posibilidad de excepcionar totalmente el pago de la asignación, sino solamente la de adecuar su pago en cuanto a los plazos y montos a erogar (vgr. una posible reducción del importe o adecuación del cronograma de pago).

Por lo demás, la norma deja sin solución apropiada la situación del personal fuera de convenio de las empresas que se hallen en la situación crítica descrita, puesto que la única fuente de adecuación resultaría ser la negociación colectiva, y aquel personal podría no contar con un sujeto sindical con aptitud para representarlo.

Por último, la solución legal podría resultar en los hechos de eficacia limitada, en la medida en que la "adecuación" prevista se halla subordinada a que las partes convencionales arriben a un acuerdo en tal sentido, de modo tal que, si ningún entendimiento se alcanzara, la adecuación no resultaría factible y debería pagarse la asignación en su totalidad y de conformidad con el esquema general.

## **2.5. Régimen de absorción y compensación:**

El régimen de absorción/compensación de la asignación establecida está contemplado del siguiente modo:

(a) La norma prevé la posibilidad de que las partes signatarias de convenios colectivos que hubiesen pactado colectivamente un incremento de ingresos en concepto de revisión salarial de la pauta oportunamente acordada en las negociaciones colectivas del presente año, podrán compensar dicho aumento y hasta su concurrencia, con la suma de la asignación instituida por el decreto, salvo que acordaren expresamente no absorberlo.

Del tenor literal de la norma resultaría que: (i) ante todo, no quedaría comprendido en esta posible solución el personal no comprendido en convenio colectivo y excluido del ámbito de representación del sujeto sindical habilitado a desplegar tales negociaciones colectivas; (ii) en segundo término, que esta posibilidad de absorción/compensación se circunscribiría a los incrementos acordados con posterioridad a las negociaciones salariales celebradas y cerradas, correspondientes al corriente año, en el marco de los procesos de "revisión" salarial; y (iii) que dicha posibilidad de absorción quedaría condicionada a que mediara un nuevo acuerdo convencional colectivo entre las respectivas signatarias, de modo tal que, si no se lograra arribar a ningún consenso entre las mismas, ninguna absorción podría instrumentarse en el marco del referido proyecto. Ello concuerda, por lo demás, con el carácter meramente potencial ("podrán" compensar) con que aparece establecida la citada facultad.

(b) Para los supuestos en que no hubiera existido aún un proceso de "revisión" salarial o el mismo se hallare en curso y no finalizado aún, la norma contempla la posibilidad de que las partes intervinientes (las signatarias de los CCT) establezcan que la asignación no remunerativa sea computada "a cuenta" de lo que acuerden en dichos procedimientos revisivos. Valen en lo sustancial las mismas consideraciones expuestas anteriormente.

(c) Para el caso en que los empleadores hubieran acordado unilateralmente otros incrementos sobre los ingresos a partir del 1 de enero de este año, la norma faculta a los mismos a proceder a compensar o absorber la asignación no remunerativa instituida por el decreto con dichos incrementos. La defectuosa técnica normativa, en cuanto alude exclusivamente a los "incrementos", ofrece flancos para una eventual disputa interpretativa que pretendiera cuestionar la aptitud compensatoria de ciertas entregas efectuadas unilateralmente por el empleador y que no calificaran como "incrementos" respecto de lo reconocido en períodos anteriores (vgr. gratificaciones, otros bonuses o adicionales, tales como un complemento del SAC).

En todos los casos antes referidos en que se admite y se efectivice la compensación o absorción de la asignación, la suma pertinente pasará a adquirir carácter remunerativo.

## **3. "Procedimentalización" de los despidos sin justa causa.**

La norma establece un mecanismo temporal de "procedimentalización" de los despidos dispuestos sin justa causa por el empleador, con vigencia hasta el 31/03/2019, que alcanzará a todo tipo de trabajador en relación de dependencia por tiempo indeterminado (personal de convenio y fuera de convenio; trabajadores sujetos al régimen de la LCT, y comprendidos en otros regímenes estatutarios, salvo el personal de la industria de la construcción, que es objeto de expresa exclusión).

La regulación no distingue el alcance numérico de la medida extintiva, por lo cual resultaría en principio de aplicación tanto respecto de despidos individuales, como también pluriindividuales y colectivos, con tal que fueran sin una causa legítima.

A tal efecto, prescribe que antes de disponerse despidos de esa naturaleza (lo cual excluye los despidos por razones económicas, o de fuerza mayor, o por causas disciplinarias, o tecnológicas, etc.), el empleador debe notificar al Ministerio de Producción y Trabajo la citada decisión extintiva. Dicha comunicación debe realizarse con una anticipación mínima de diez (10) días hábiles a la efectivización de la medida.

En tal aspecto, el mecanismo resulta similar a lo establecido en su momento por el decreto

1250/85, cuestionado en su validez y ya fenecido, puesto que la "procedimentalización" consiste en la sola comunicación a la autoridad estatal, pero el incumplimiento de dicha exigencia no llevaría aparejada la invalidez de la medida extintiva sino la aplicación de una sanción de policía laboral (multa, etc.).

La norma establece que la autoridad estatal podrá de oficio o a petición de parte convocar al empleador y al trabajador asistido por su gremio, a los fines de realizar audiencias destinadas a "considerar" las condiciones en que operará la "futura extinción". Es de entenderse que dicha convocatoria resultaría de aplicación únicamente cuando los empleadores hubieran dado cumplimiento con la exigencia de comunicación previa, mas no cuando dicho mecanismo hubiera sido inobservado. Su finalidad, como es característica de esta clase de mecanismos, sería de carácter atenuador, retardatario o negocial respecto de la extinción y/o sus efectos.

Resulta también opinable el mecanismo de las audiencias citadas, habida cuenta que el mismo contempla la intervención del empleador y del trabajador asistido por su organización gremial, cuando la norma sería de aplicación también a trabajadores que en muchos casos no cuentan con representación de ese tipo (trabajadores fuera de convenio).

El régimen se establece con un plazo de duración determinada, por lo que la citada exigencia previa vencería automática a la finalización del mismo, salvo que se dictare una norma ulterior de prórroga a su respecto.

---