

1. La Consulta

La CNCSP desea saber: ¿Cuáles son los aspectos más relevantes de dicho proyecto a ser tenidos en cuenta?

2. Análisis de la consulta

2.1 Introducción:

Como nota inicial antes del análisis, indicamos que el Proyecto pretende establecer una política de protección social del empleo, mediante un seguro de desempleo, solventado por un Fondo de Desempleo formado a partir de la contribución de empleadores y trabajadores.

En tal sentido el Ministerio del Trabajo, Empleo y Seguridad Social (MTESS) convocó en marzo de 2020 a un Consejo Consultivo Tripartido, con ciertos representantes de los empleadores (entre los que no estuvo incluida la CNCSP), trabajadores y observadores de la OIT.

Actualmente el Proyecto fue presentado en la Cámara de Diputados en fecha 14 de octubre de 2021, y al día siguiente, el 15 de octubre de 2021, se realizó una audiencia pública vía la plataforma Zoom impulsada por la citada cámara, y con presencia de la Ministra del Trabajo.

2.2 Análisis exegético del Proyecto:

i. Destinatarios:

Acorde al Art. 2 de la norma, el Proyecto protege a los trabajadores formales en relación de dependencia que rigen sus relaciones contractuales por el Código del Trabajo.

ii. Autoridad Competente:

Según el Art. 3 del Proyecto, el **MTESS** será la autoridad reguladora y supervisora, y el **IPS** la entidad recaudadora y administradora del Fondo de Desempleo.

iii. Hecho generador del derecho:

El Art. 7 del Proyecto regula al respecto. En tal sentido entendemos que el mismo adolece de errores, como ser:

- a. Redacción inadecuada: Utiliza en parte terminología ajena a la del Código del Trabajo (CT), creando confusión y dando lugar a numerosas interpretaciones.

A modo de ejemplo, el hecho generador de la prestación económica por desempleo es “*despido no imputable al trabajador, caso fortuito o de fuerza mayor*”. Nuestro CT señala como forma de terminación el despido sin causa (art. 91 CT), o el caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite permanentemente la continuación del contrato. En efecto, existen muchos hechos no imputables al trabajador que, dada la ambigüedad de la redacción estarían automáticamente incluidos: cierre total de la empresa, agotamiento de la materia objeto de la industria, incapacidad del empleador o del trabajador¹.

En otras legislaciones, y en particular la argentina, se utiliza una terminología clara (despido sin justa causa, o despido por fuerza mayor, o terminación por convocatoria o quiebra del empleador, etc.). Como lo mencionamos, existe el riesgo de una inferencia o interpretación inadecuada.

- b. Necesidad de una DEMANDA ANTE LO JURISDICCIONAL: El Proyecto considera en situación legal de desempleo involuntario “*a todo trabajador que iniciare demanda ante lo jurisdiccional respecto a la causal de despido invocada por el empleador*” (el segundo párrafo del art. 7).

¹ Código Laboral art. 78 literales: c), f), h) e i).

Si el objeto del seguro es que los trabajadores desempleados tengan la posibilidad de solventar sus gastos hasta conseguir un nuevo empleo, no tiene sentido incentivar el inicio de un proceso judicial entre el trabajador y el empleador, lo que implica costos (abogados, notificaciones, etc.) y sobrecarga a juzgados laborales. Debería ser una cuestión meramente administrativa: comprobada la terminación y cumplimiento de requisitos, se activa el beneficio.

- c. Plazo de solicitud: los desocupados deberán solicitar la prestación por desempleo **dentro de los 30 días hábiles** bajo pena de caducidad de la acción, sin especificar desde cuando se comienzan a computar el plazo. Con esto queda evidenciado la falta de sentido de la demanda señalada en el punto anterior (pues la simple solicitud y el cumpliendo los requisitos -sin necesidad de demandar- debería ser suficiente).

Por otra parte, si fuera necesario demandar, existe un contrasentido entre el plazo de 30 días hábiles del Proyecto, y el de 60 días calendario que otorga la ley laboral para reclamar los principales rubros del despido sin causa, o hasta el año en otros casos.

En la audiencia pública arriba mencionada se indicó que cierta casuística de este artículo pudiera aplicar a los empleados con estabilidad especial por antigüedad que fueran despedidos sin motivo, pero la norma no cita o aclara al respecto.

Por último, no menos importante, el artículo crea confusión al hablar de “...*demanda ante lo jurisdiccional respecto a la **causal invocada por el empleador**...*”, pues pudiera interpretarse que ante un despido con causa como ser un robo o fraude también aplicaría la figura, lo cual no es correcto ni es aceptado en los demás proyectos regionales. Además se puede generar efectos de selección adversa y/o riesgo moral², pues los trabajadores despedidos con causa válida, se verán obligados a promover una demanda sin fundamentos con el único objetivo de percibir la indemnización del seguro. Más tarde, cuando pierdan la demanda deberán absorber las costas del juicio.

iv. Financiamiento Obrero Patronal:

La contribución de trabajadores y empleadores **no será inferior a 2%** sobre la remuneración total imponible. La carga de los trabajadores no excederá del 50% de la contribución para el Fondo de Desempleo.



En la presentación de la audiencia pública arriba mencionada, vemos que la propuesta del MTESS es que la contribución del empleador sea del 1.5%, y la del trabajador del 0.5% (sobre la base del 2%). Resulta relevante destacar a su vez: a) que al ser “no inferior” al 2%, se abre la posibilidad a que dicho porcentaje aumente, y que

² Derecho y Economía, Robert Cooter y Thomas Ullen, págs. 84 al 86.

el 75% de dicho aumento caiga sobre el empleador (recordando la propuesta 1.5/0.5 del MTESS); y, b) la contribución es sobre cualquier pago ordinario o extraordinario realizado al trabajador (además del sueldo base, incluye a los bonos, incentivos, horas extras, comisiones, gratificaciones, etc., todo menos el aguinaldo y la asignación familiar).

Este riesgo de aumento, y la elevada carga sobre la patronal hace que se requiera mayor cautela al momento de analizar los cálculos actuariales realizados por el IPS para llegar al mencionado porcentaje de aportes y con ello evitar que a mediano plazo la patronal deba absorber una pesada carga contributiva. En la audiencia pública la Ministra de Trabajo mencionó que se efectuó un estudio al respecto, pero no entró en detalles.

v. Duración del beneficio y prestación:

El tiempo máximo de usufructo será de 6 meses, siendo abonado el primer mes el 60% de la prestación (del promedio de los 6 meses anteriores al desempleo), el segundo mes el 57%, y decreciendo cada mes hasta llegar al 45%.

Las prestaciones no podrán superar los 5 salarios mínimos vigentes y solo tendrán derecho a la misma los trabajadores que hayan aportado a IPS como mínimo 12 meses consecutivos.

vi. Obligaciones de las empresas:

El Art. 19 del Proyecto establece las obligaciones de los empleadores, siendo una de ellas “...d) *Declarar las vacancias disponibles en las oficinas de empleo...*”, con esto se busca que los trabajadores beneficiarios del seguro de desempleo puedan tener acceso a las ofertas laborales disponibles.

Sobre el punto, debemos advertir que en ciertas ocasiones, las empresas desean realizar una búsqueda reducida, discreta o dirigida (puestos claves o muy técnicos o especializados, o en casos de proyectos confidenciales) o promociones internas. Nuestra sugerencia es que se establezca dicha excepción a la regla general del mencionado inciso d).

vii. Obligaciones del trabajador:

En el literal b) del Art. 20 se indica que los trabajadores deben llenar los formularios dentro de los **10 días hábiles**, habiendo una aparente contradicción con los 30 días hábiles señalados en el Art. 7, pues no queda claro porqué deberán llenar el formulario dentro de los 10 días, siendo que tienen 30 días para solicitar la prestación. Sugerimos clarificar dicho aspecto y de ser necesario, señalar un solo plazo a fin de evitar confusiones.

viii. Compatibilidad con la Indemnización:

El Art. 23 del Proyecto señala que son compatibles la indemnización por despido injustificado con el seguro de desempleo. Es decir, el empleador estará obligado al pago de los rubros indemnización, preaviso, etc., más el porcentaje adicional destinado al Fondo de Desempleo; y, el trabajador podrá percibir hasta por 6 meses el beneficio previsto en el Art. 15 del Proyecto. Resulta necesario analizar si no constituye un doble beneficio por el mismo hecho, pues básicamente el origen legal y motivo del pago del monto indemnizatorio aludido podría superponerse con el pago adicional del beneficio del Proyecto³.

En su segundo párrafo, el mismo Art. 23 del Proyecto señala: *“Asimismo, podrán acceder al beneficio aquellos trabajadores con 9.5 (nueve punto cinco) años o más de antigüedad al servicio de un mismo empleador, siempre que en sus contratos de trabajo opten expresamente por recibir doble indemnización por despido y adherirse al seguro de desempleo”*.

Consideramos desacertado el segundo párrafo, pues no tiene mucho sentido conectar el beneficio a la antigüedad, ya que el gatillador del primero deberían ser las causales indicadas en el propio artículo 7. Tampoco es usual que en el Contrato de Trabajo se pacte la doble indemnización o la adherencia al Proyecto, menos aun considerando el carácter irrenunciable de los derechos laborales: si se acepta de antemano la doble indemnización, se podría interpretar como una “renuncia anticipada a la estabilidad especial por antigüedad”. Por ello sugerimos eliminar o clarificar este punto.



³ Bill Clinton: “El programa de bienestar social debe ser una segunda chance, no una forma de vida”, citado en el libro Principios de Economía, Gregory Mankiw, pág. 409.

ix. Sanciones:

En su Art. 27 el Proyecto prevé multas que van de 1 a 50 jornales para los empleadores y trabajadores que infrinjan lo dispuesto en los Arts. 19⁴, 20⁵, 21⁶ y 22⁷ del Proyecto.

Asimismo, el Art. 28 del Proyecto prevé sanciones de multas y derivaciones en otras sanciones conforme a la normativa de seguridad social, leyes civiles y penales vigentes en lo relativo a utilización de información falsa o alterada para la obtención del seguro de desempleo.

2.3 El Proyecto desde una perspectiva estratégica:

i. Terminología legal utilizada y contradicciones:

El Proyecto tal cual está redactado no debería prosperar, pues contiene terminología que no se adecua a la del Código del Trabajo, y a su vez contradicciones a principios básicos del derecho del trabajo (en particular arts. 7 y 23), e inclusive en cuanto a plazos (arts. 7 y 20). También existen un fuerte *tradeoff* en el impacto de la norma en los incentivos para los beneficiarios (arts. 7 y 23).

⁴ **Art. 19. De la obligación de las empresas.** Son obligaciones de las empresas, cuyas actividades estén comprendidas en la presente Ley: a) Exhibir toda la documentación que requieran el IPS y el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, tendiente a controlar o comprobar los hechos informados, con la declaración presentada ante el mismo; b) Suministrar a las autoridades competentes, las pruebas de los hechos invocados, en los casos que corresponda; c) Registrar dentro de los sistemas informáticos habilitados para el efecto, el motivo de despido de los trabajadores en tiempo y forma; d) Declarar las vacancias disponibles en las oficinas de empleo para que los trabajadores beneficiarios de la prestación puedan vincularse a las ofertas laborales disponibles, cuya modalidad y procedimientos deberán ser establecidos en la reglamentación; f) Otorgar a los buscadores de empleo la certificación de búsqueda, por cada entrevista laboral realizada, conforme lo establezca la reglamentación, y; g) Otras cuestiones de procedimiento de búsqueda de empleo y acceso al beneficio de la prestación por desempleo establecidas en la reglamentación.

⁵ **Art. 20.- De las Obligaciones del trabajador.** Son obligaciones de los solicitantes de la prestación por desempleo: b) Llenar los formularios para gestionar el cobro del beneficio, dentro de los diez (10) días hábiles de producido el despido o cesantía, así como suministrar la información que requiera la administración o exhibir la documentación que ésta estime pertinente; c) Suministrar toda información o medio de prueba que le soliciten las autoridades de aplicación de la presente Ley; d) Concurrir en las oportunidades que sea citado, ante las instituciones competentes; f) Comunicar todo cambio de domicilio, teléfono, correo electrónico y otros datos de índole personal; g) Declarar bajo juramento todos y cada uno de los ingresos que perciba, cualquiera sea el concepto.

⁶ **Art. 21.- De las condiciones administrativas de la prestación.** La regulación administrativa, periodicidad y la calendarización del pago serán establecidas por la autoridad administrativa. El IPS está obligado a abonar la prestación de desempleo en tiempo y forma. El primer pago se efectuará a los 30 (treinta) días de registrada la solicitud, siempre y cuando el trabajador continúe desempleado y no se detecten infracciones o fraudes al seguro durante el periodo de validación de la solicitud, y en el transcurso del usufructo del beneficio. El pago del seguro de desempleo será mensual. El administrador deberá corroborar el cumplimiento de los requisitos previstos en la presente ley para su desembolso, que será establecida en la reglamentación.

⁷ **Art. 22.- Del registro de los beneficiarios y de las empresas.** Las autoridades competentes llevarán un registro electrónico en una base de datos integrada de las solicitudes de prestaciones por desempleo, en el que constarán cuanto menos los siguientes datos: a) De la empresa: denominación, número patronal de la empresa; registro único de contribuyente - RUC, domicilio y ramo de actividad, oportunidades en que se requiere el subsidio y número de trabajadores cuyo amparo se solicita cada vez. b) Del trabajador: nombre, apellido, fecha de nacimiento, estado civil, dirección, localidad, ciudad, profesión, última ocupación, salario declarado, número de cuenta corriente bancaria o caja de ahorro, teléfono, correo electrónico, redes sociales, hijos o dependientes, discapacidad, otra ocupación, otros ingresos. Asimismo, las empresas que ofrecen las vacancias de empleo deberán llenar las solicitudes previstas en la reglamentación respectiva. El Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social deberá establecer una base de datos vinculada a tales efectos. Las



autoridades competentes además podrán requerir otro tipo de información, que será establecida en la reglamentación y en las resoluciones respectivas

ii. Sostenibilidad del fondo en el tiempo:

Conforme a lo señalado en el Proyecto se prevé solventar el Fondo de Desempleo, con los aportes adicionales del trabajador (0,50%) y del empleador (1,50%)⁸. Es decir, el aporte a IPS aumentaría como mínimo al 27,5%.

Antes de promover una Ley que aumente los aportes tanto para el empleador como para el trabajador, debería considerarse la situación económica del sector privado a raíz de la pandemia del COVID-19, y previamente agotar los estudios actuariales de sostenibilidad, sobre todo teniendo en cuenta que se prevé una base mínima (2%) sobre las remuneraciones mensuales abonadas, no así una base máxima. En consecuencia, no queda claro si existe la posibilidad de elevar el porcentaje sin siquiera la necesidad de modificar la eventual ley que resulte del Proyecto, siendo esto un riesgo alto para la patronal.

iii. Riesgo Moral:

Traemos a colación el informe de la CEPAL⁹ respecto al punto, donde con meridiana claridad señala:

“Las críticas a los seguros de paro se han centrado fundamentalmente en la distorsión de los esquemas de incentivos que provocan estos programas, en el sentido que inducen comportamientos conocidos como de “riesgo moral”, esto es, conductas abusivas de los trabajadores y de los empleadores que provocan resultados no buscados.

Para explicar la incidencia en el comportamiento de los trabajadores, habitualmente se recurre a la teoría de la oferta de trabajo y a los modelos de búsqueda de trabajo. La primera parte de la idea de que el desempleo es en cierta medida valorado por el trabajador debido a su componente de tiempo libre, mientras que una de sus mayores desventajas consiste en no percibir ingresos. Con el seguro de paro, este esquema de incentivos sufre una modificación ya que las prestaciones financian, en principio, tiempo libre”.

Como vemos, un trabajador que perciba una indemnización por despido sin causa por 8 años y 7 meses de trabajo (percibiría 8 meses aprox. de liquidación), y a su vez adicionalmente acceda por 6 meses a las prestaciones del seguro de desempleo, tendría casi un año de sueldo asegurado (11 meses completos aproximadamente); con lo cual no tendría incentivo para buscar empleo con la intensidad necesaria, y sobre todo siendo la situación muy distinta a si tuviera que buscar trabajo sin la seguridad dada por el Proyecto.

Aunque se trata de un tema de política legislativa, es allí que se tendrían que sopesar los pros y contras de una normativa como la del Proyecto.



⁸ Los porcentajes fueron obtenidos de las manifestaciones realizadas en la audiencia pública realizada vía zoom, en la que se señaló que probablemente el 75% del Fondo de Desempleo sea solventado por el empleador.

⁹ https://www.cepal.org/sites/default/files/publication/files/28676/LCmvdR198_es.pdf

3. Conclusión:

En base a lo expuesto, acerca del Proyecto concluimos lo siguiente:

- El Proyecto requiere importantes modificaciones, pues contiene terminología que no se adecua a la del Código del Trabajo, y a su vez contradicciones a principios básicos del derecho del trabajo, e inclusive en cuanto a plazos.
- La carga del fondo de desempleo, cuyo **mínimo** es 2% de la remuneración abonada, recae mayormente en el empleador (posiblemente 75% de la contribución acorde la audiencia pública). Por tanto, considerando que no existe un techo, y que no existe certeza si el porcentaje puede ser modificado por simple resolución del MTESS; recomendamos solicitar los cálculos actuariales al IPS para revisar la sostenibilidad del mismo.
- Se deberá tener especial atención en la eventual reglamentación del Proyecto, y al control de cumplimiento de toda la normativa asociada, sobre todo para verificar que no se convierta en un desincentivo a la búsqueda genuina de empleo.
- Se debe verificar el sistema de incentivos que genera el Proyecto, y sopesarlo con los demás beneficios sociales otorgados a raíz de la terminación del vínculo laboral.

Ante cualquier consulta adicional quedamos a disposición.

Atentamente,



José Montero



Héctor Palazón