

# Sobre el derecho laboral de la emergencia.

Gerardo Gabriel JUARA.<sup>1</sup>

## INTRODUCCION.

El derecho, entendido como norma positiva que prescribe conductas, opera sobre ciertos supuestos que le otorgan validez y eficacia.

Entre estos supuestos, uno de ellos que pocas veces consideramos es el que supone que las conductas prescritas se desarrollan en una realidad no cambiante y que no interactúa con la conducta legal esperada.

El derecho laboral no es una excepción a ese funcionamiento. El contrato de trabajo solo puede entenderse -su regulación positiva- si presuponemos que se desarrolla en una economía de mercado en crecimiento, con demanda regular de empleo y pleno ejercicio de los derechos civiles.

Ese escenario, similar a una escenografía quieta que no altera en nada el contenido de las normas, resulta necesario para que el derecho del trabajo (y no “de los trabajadores”) se mantenga estable como corresponde a un conjunto normativo resultado de la tregua en la puja de intereses entre capital y trabajo.

Así resultara que el derecho del trabajo, ese conjunto de normas que reparte derechos y obligaciones entre el capital y las personas que solo tienen su tiempo como fuente de ingresos, se mantiene estable mientras la realidad que lo soporta, que lo contiene, no sufra alteraciones graves que la desconfiguren.

Cuando eso ocurre, la norma positiva suele sufrir adecuaciones, en un nivel suave, por la interpretación de la doctrina o de la jurisprudencia, o en un nivel radical, por cambios legislativos.

La regulación laboral de los años 90 en la Argentina es una muestra de esa situación. Una década de readecuación del plexo normativo laboral, acompañado por cambios en la doctrina y en la jurisprudencia que licuaron una parte importante de los niveles de tutela alcanzados en las dos

---

<sup>1</sup> agradezco la colaboración de los colegas Cintia Zipan, Silvia Torrisi y Enrique Lorenzo.

décadas anteriores. Algo similar ocurre a nivel internacional, cuando se permite poner en cuestionamiento, luego de 90 años, la existencia de un derecho de huelga.

Los ejemplos dados remiten a cambios en el equilibrio interno del derecho del trabajo que conllevan un tiempo considerable para su adecuación. Salvo durante los quiebres constitucionales no hemos padecido cambios violentos en esa relación de fuerzas. El último a nuestro alcance fue el cambio de la ley 20744 por la dictadura militar.

El derecho del trabajo, en síntesis, es el acuerdo para tiempos de “paz productiva” y si bien es cierto que como dice parte importante de la doctrina parece haber vivido toda su vida en crisis, como esa misma doctrina señala, es la crisis propia de la tensión por la puja distributiva entre sus principales actores.

Sin embargo en los últimos tiempos esa escenografía que cité al comienzo ha mutado: hemos visto la aparición de un derecho laboral de la emergencia -de modo especial en el derecho laboral europeo crisis del 2008/9 mediante- fuertes intentos durante el periodo 2015-2019 en nuestro país.

ahora, una nueva crisis, impensada e inédita somete al hecho laboral a regulaciones de emergencia integrando disposiciones de la seguridad social con otras propias del contrato de trabajo, configurando una pequeña muestra de un derecho laboral de la emergencia hijo de la pandemia, pero no necesariamente “sanitario” o protectorio.

Poniendo a prueba que el derecho del trabajo no es de los trabajadores sino que implica la regulación de un fenómeno económico complejo, y que lo que denominamos “contrato de trabajo” es una relación jurídica de mando -obediencia, las reglas de la emergencia vuelven a poner en tensión disposiciones propias de la tutela preferente que la constitución impone a las personas en tanto trabajadores, con normas de preferencia al interés económico por sobre otras consideraciones (en el caso, extremas medidas de salvaguarda de la salud)

En ese escenario vamos a hacer un repaso de tales disposiciones (de lege data), a intentar detallar esas características y a proponer (de lege ferenda) otras posibles.

## Un repaso normativo:

El decreto de necesidad y urgencia (DNU) 260/2020<sup>2</sup> se dictó el día 12 de marzo del año 2020, un día después de que la organización Mundial de la Salud (OMS) declarara el brote de covid-19 como pandemia.

Este DNU, que en su artículo 24 se declara de ORDEN PUBLICO, estableció un régimen de emergencia ante la amenaza de la expansión en el territorio nacional de los efectos de dicho virus.

Dicho Régimen debe encuadrarse, en todas sus disposiciones y las que se deriven de él, al principio de Trato Digno.<sup>3</sup>

A posteriori en fecha 19 de marzo se complementó con un nuevo DNU, el 297/2020 que estableció el aislamiento social preventivo y obligatorio en todo el territorio nacional hasta el 31 de marzo del año 2020.

De estas normas derivaron, a su vez, un régimen de emergencia aplicable a las relaciones laborales, que podemos denominar, a los fines de este escrito, un **“derecho del trabajo de la emergencia.”**

Lo calificamos así ya que implica la alteración temporal aunque sin plazo cierto, de algunos institutos propios del régimen laboral argentino.

Al día de hoy -27 de marzo- se han dictado, a consecuencia de dicho dnu, 127 normas complementarias.

El gobierno nacional ya contaba con la declaración de emergencia sanitaria en razón de la vigencia del artículo 1º de la ley 27541. El DNU 260 amplía dicha emergencia por 1 año, es decir, hasta el 12 de marzo del 2021.

---

<sup>2</sup> Ley 26122 reglamentaria del art.99 inciso 3 de la CNA

<sup>3</sup> art. 21.Las medidas sanitarias que se dispongan en el marco del presente decreto deberán ser lo menos restrictivas posible y con base en criterios científicamente aceptables. Las personas afectadas por dichas medidas tendrán asegurados sus derechos, en particular:

I - el derecho a estar permanentemente informado sobre su estado de salud;  
II - el derecho a la atención sin discriminación;  
III – el derecho al trato digno.

Su artículo 2° establece como autoridad de aplicación al Ministerio de salud -aunque en el artículo 10 impone al jefe de gabinete de ministros la tarea de coordinación entre las distintas jurisdicciones - y en lo que nos interesa, modifica la denominación y conformación de la Unidad de Coordinación General del Plan Integral de Pandemia de Influenza y la Comisión Ejecutiva creada por el Decreto N° 644/07, la que en adelante se denominará “Unidad de Coordinación General del Plan Integral para la Prevención de Eventos de Salud Pública de Importancia Internacional”. La misma será coordinada por el Jefe de Gabinete de Ministros, lo faculta a:

- a) disponer recomendaciones y medidas (inc.1)*
- b) recomendar restricciones de viajes desde y hacia zonas afectadas. (inc.4)*
- c) contratar personal de salud exceptuándolos del régimen de incompatibilidades del empleo público. (inc.7)*
- d) contratar personal del extranjero sin título revalidado. (inc. 8)*
- e) disponer medidas de desinfecciones en lugares de trabajo (inc.11)*
- f) restringir la circulación de medios de transporte y pasajeros. (inc.12)*

En su artículo 5° establece la suspensión de toda licencia al personal del sistema de salud.

En su artículo 7° establece quienes deben someterse a aislamiento por el término de 14 días:

- a) Quienes revistan la condición de “casos sospechosos”. A los fines del presente Decreto, se considera “caso sospechoso” a la persona que presenta fiebre y uno o más síntomas respiratorios (tos, dolor de garganta o dificultad respiratoria) y que además, en los últimos días, tenga historial de viaje a “zonas afectadas” o haya estado en contacto con casos confirmados o probables de COVID-19. La definición podrá ser actualizada por la autoridad sanitaria, en función de la evolución epidemiológica.*
- b) Quienes posean confirmación médica de haber contraído el COVID – 19.*
- c) Los “contactos estrechos” de las personas comprendidas en los apartados a) y b) precedentes en los términos en que lo establece la autoridad de aplicación.*
- d) Quienes arriben al país habiendo transitado por “zonas afectadas”. Estas personas deberán también brindar información sobre su itinerario, declarar su domicilio en el país y someterse a un examen médico lo menos invasivo posible para determinar el potencial riesgo de contagio y las acciones preventivas a adoptar que deberán ser cumplidas, sin excepción. No podrán ingresar ni permanecer en el territorio nacional los extranjeros no residentes en el país que no den*

*cumplimiento a la normativa sobre aislamiento obligatorio y a las medidas sanitarias vigentes, salvo excepciones dispuestas por la autoridad sanitaria o migratoria.*

*e) Quienes hayan arribado al país en los últimos 14 días, habiendo transitado por “zonas afectadas”. No podrán permanecer en el territorio nacional los extranjeros no residentes en el país que no den cumplimiento a la normativa sobre aislamiento obligatorio y a las medidas sanitarias vigentes, salvo excepciones dispuestas por la autoridad sanitaria o migratoria.*

*En caso de verificarse el incumplimiento del aislamiento indicado y demás obligaciones establecidas en el presente artículo, los funcionarios o funcionarias, personal de salud, personal a cargo de establecimientos educativos y autoridades en general que tomen conocimiento de tal circunstancia deberán radicar denuncia penal para investigar la posible comisión de los delitos previstos en los artículos 205, 239 y concordantes del código penal.*

El artículo 8° del decreto impone a la población la obligación de reportar los síntomas compatibles con el COVID-19 al prestador de salud correspondiente.

El artículo 12 determina las competencias del Ministerio de Trabajo en esta emergencia, a saber:

*El MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL establecerá las condiciones de trabajo y licencias que deberán cumplir quienes se encuentren comprendidos en las previsiones del artículo 7° del presente decreto, durante el plazo que establezca la autoridad sanitaria. También podrá establecerse regímenes especiales de licencias de acuerdo a las recomendaciones sanitarias.*

## **La emergencia laboral en escena:**

### **Los deberes de asistencia y de prestación personal:**

Con fecha 13 de marzo, el Ministerio de Trabajo dictó la resolución 202/2020 que estableció la suspensión del deber de asistencia al lugar de trabajo con goce íntegro de haberes para las personas incluidas en el artículo 7° del DNU 260/2020.

Además de los supuestos de relación laboral indiscutidos, amplió la aplicación de dicho instituto a los siguientes casos:

- a) quienes presten servicios de forma continua bajo figuras no dependientes como las del decreto 1109/2017 (locación de servicios profesionales en el sector público)*
- b) situaciones análogas en el sector privado.*
- c) becas en lugares de trabajo.*
- d) pasantías y becas medicas.*

La norma resuelve también el supuesto de pluriempleo o múltiples receptores de servicios haciendo extensiva la medida a todos ellos.

La disposición regula como un instituto de la seguridad social la “dispensa del deber de asistencia” ya que lo torna abarcativo de situaciones no necesariamente laborales.

Esta dispensa del “deber de asistencia” -concurriencia física al lugar de trabajo- no alcanza en principio, al cumplimiento del deber de realizar la prestación personal.

Para que la dispensa de asistencia opere es obligación del trabajador producir la notificación fehaciente a su empleador de encontrarse alcanzado por la misma produciendo una comunicación detallada de las circunstancias que lo hacen titular de la misma en un plazo no mayor de 48 horas.

La comunicación detallada deberá permitir conocer si el trabajador/beneficiario padece la enfermedad o alguno de sus síntomas, en cuyo caso si bien la norma no lo dice también se dispensa el deber de prestación.

Si no fuera ese el supuesto, sino que se tratase del aislamiento por alguna de las otras causales, el deber de prestación subsiste sujeto a:

- 1) Que pueda realizarse en el lugar de aislamiento.
- 2) Que se trate de las tareas habituales o análogas.

En esta segunda hipótesis quedara por determinar a que se refiere con análogas. Debe entenderse que el legislador ha pretendido que no se modifique “in peius” por lo que cualquiera sea la tareas análoga asignada no debería producir un perjuicio económico al trabajador.

El instituto de “dispensa de asistencia” pone en cabeza del empleador la obligación de comunicar dicha circunstancia a la autoridad de aplicación (SRT) y someterse a partir de dicho momento a las disposiciones que esta (la autoridad sanitaria) fije.

El segundo DNU amplía la “dispensa de asistencia” a la totalidad de la población con las excepciones enumeradas en su artículo 6 a través de 24 incisos aunque con limitación de sus desplazamientos, sujetos al estricto cumplimiento de esas actividades y servicios.<sup>4</sup>

En cuanto a la actividad, podemos dividir las en tres grupos según la normativa de emergencia:

- a) empresas que deben continuar trabajando, en razón de haber sido incluida en el listado de “esenciales”
- b) las que pueden continuar (que integran la cadena de servicios)

- 
- 4 1. Personal de Salud, Fuerzas de seguridad, Fuerzas Armadas, actividad migratoria, servicio meteorológico nacional, bomberos y control de tráfico aéreo.
  2. Autoridades superiores de los gobiernos nacional, provinciales, municipales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires Trabajadores y trabajadoras del sector público nacional, provincial, municipal y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, convocados para garantizar actividades esenciales requeridas por las respectivas autoridades.
  3. Personal de los servicios de justicia de turno, conforme establezcan las autoridades competentes.
  4. Personal diplomático y consular extranjero acreditado ante el gobierno argentino, en el marco de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y la Convención de Viena de 1963 sobre Relaciones Consulares y al personal de los organismos internacionales acreditados ante el gobierno argentino, de la Cruz Roja y Cascos Blancos.
  5. Personas que deban asistir a otras con discapacidad; familiares que necesiten asistencia; a personas mayores; a niños, a niñas y a adolescentes
  6. Personas que deban atender una situación de fuerza mayor.
  7. Personas afectadas a la realización de servicios funerarios, entierros y cremaciones. En tal marco, no se autorizan actividades que signifiquen reunión de personas.
  8. Personas afectadas a la atención de comedores escolares, comunitarios y merenderos.
  9. Personal que se desempeña en los servicios de comunicación audiovisuales, radiales y gráficos.
  10. Personal afectado a obra pública.
  11. Supermercados mayoristas y minoristas y comercios minoristas de proximidad. Farmacias. Ferreterías. Veterinarias. Provisión de garrafas.
  12. Industrias de alimentación, su cadena productiva e insumos; de higiene personal y limpieza; de equipamiento médico, medicamentos, vacunas y otros insumos sanitarios. se entenderá por “industria de la alimentación” a las que integran la cadena de valor e insumos de los sectores productivos de alimentación y bebidas, higiene personal y limpieza, equipamiento médico, medicamentos, vacunas y otros insumos sanitarios.
  13. Actividades vinculadas con la producción, distribución y comercialización agropecuaria y de pesca.
  14. Actividades de telecomunicaciones, internet fija y móvil y servicios digitales.
  15. Actividades impostergables vinculadas con el comercio exterior.
  16. Recolección, transporte y tratamiento de residuos sólidos urbanos, peligrosos y patogénicos.
  17. Mantenimiento de los servicios básicos (agua, electricidad, gas, comunicaciones, etc.) y atención de emergencias.
  18. Transporte público de pasajeros, transporte de mercaderías, petróleo, combustibles y GLP.
  19. Reparto a domicilio de alimentos, medicamentos, productos de higiene, de limpieza y otros insumos de necesidad.
  20. Servicios de lavandería.
  21. Servicios postales y de distribución de paquetería.
  22. Servicios esenciales de vigilancia, limpieza y guardia.
  23. Guardias mínimas que aseguren la operación y mantenimiento de Yacimientos de Petróleo y Gas, plantas de tratamiento y/o refinación de Petróleo y gas, transporte y distribución de energía eléctrica, combustibles líquidos, petróleo y gas, estaciones expendedoras de combustibles y generadores de energía eléctrica.
  24. S.E. Casa de Moneda, servicios de cajeros automáticos, transporte de caudales y todas aquellas actividades que el BANCO CENTRAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA disponga imprescindibles para garantizar el funcionamiento del sistema de pagos.

c) y las que no pueden (espectáculos públicos, gastronomía, etc.)

## **Trabajadores y actividades esenciales.**

Cual ha sido el criterio emergente de ese listado? Como señalamos en la introducción, en el derecho del trabajo conviven ambas tendencias y aquí se repiten: se priorizan dos criterios concurrentes: atender la emergencia sanitaria e impedir el lock down del sector exportador de la economía nacional.

Este criterio es consecuente con la calificación del personal afectado como “esencial” y la recurrencia normativa a la disposición del art.203. así es que la norma no duda en calificar a los trabajadores y trabajadoras que presten servicios en las actividades descriptas en el artículo 6 del DCNU-2020-297-APN-PTE y sus reglamentaciones como “personal esencial” en los términos de la Resolución del MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL N° 207 de fecha 16 de Marzo de 2020. La continuidad de tales actividades en estas circunstancias constituye **una exigencia excepcional de la economía nacional. (art.203 LCT).**

La resolución 219/2020 del Ministerio de trabajo reitera la regulación del instituto de la “dispensa de asistencia”, estableciendo en el caso dos supuestos :

1) que se reconvenga una modalidad de prestación de las tareas habituales o análogas, en cuyo caso se abonara el salario habitual.

2) que no sea posible dicha prestación en cuyo caso la suma percibida no tendrá naturaleza remunerativa excepto en lo que importe:

a) aportes y contribuciones al Sistema nacional del seguro de salud.

b) aportes y contribuciones al Instituto nacional de servicios sociales para jubilados y pensionados.

Esta prestación no remuneratoria ( que sigue la línea del art.223 bis de la ley de contrato de trabajo pensado para los casos de fuerza mayor) a falta de precisión de la norma, debería calcularse de manera análoga a la de la licencia por enfermedad inculpable (art.208)



## El contrato de trabajo esencial en la emergencia.

Las normas que analizamos avanzan en la re-ordenación del contrato de los trabajadores de los servicios y tareas considerados “esenciales” y dibuja un mapa laboral esencialmente dividido en dos grupos: los trabajadores de las actividades esenciales y los de las actividades limitadas por la cuarentena.

### Trabajadores esenciales.

Así, según la norma de emergencia todos los incluidos en el artículo 6 del DNU 297/2020 son considerados esenciales con excepción de los supuestos de los afectados por la enfermedad o en periodo de cuarentena por contacto.

Estos trabajadores esenciales verán afectadas sus condiciones habituales de trabajo en virtud tanto del artículo 4 de dicha resolución que permite la reorganización de la jornada de trabajo a efectos de garantizar la continuidad de la producción “en condiciones adecuadas de salubridad en consonancia con los protocolos establecidos por la autoridad sanitaria”... dicha reorganización será considerado un ejercicio razonable de las facultades del empleador impidiendo que el trabajador o su organización sindical se oponga a ello.”

Esta disposición plantea una duda interpretativa y práctica: se condicionan el cambio o extensión de jornada y la dación de tareas análogas, así como la contratación de nuevos trabajadores en la modalidad eventual, a la existencia de un protocolo establecido por la autoridad sanitaria a fin de garantizar la integridad de la persona?

Si este fuera la interpretación correcta derivada del conjunto de principios tuitivos del derecho del trabajo, a la fecha solo existe un protocolo para los trabajadores de las telecomunicaciones<sup>5</sup> y una recomendación genérica de la superintendencia de riesgos de trabajo<sup>6</sup> por lo que todas las actividades estarían incursas en violación a la norma de emergencia.

---

<sup>5</sup> res. 3/2020.

<sup>6</sup> res.29/2020

Si este supuesto fuera correcto, podría el trabajador y su organización intentar la retención de tareas? Pues en tanto se encuentra comprometida la obligación derivada del artículo 75 punto 1 de la ley de contrato de trabajo, entiendo que dicha medida, previa intimación a formular las prevenciones sanitarias de cada actividad, estaría fundada.

También se invierte la presunción del artículo 99 de la ley de contrato de trabajo. La necesidad de contratación de personal mientras dure la vigencia del “aislamiento social preventivo y obligatorio”, deberá ser considerada extraordinaria y transitoria en los términos del artículo 99 de la Ley de Contrato de Trabajo.

Los aportes y contribuciones de salarios de los trabajadores contratados por este período bajo esta modalidad tendrán una reducción del 95% en la alícuota prevista en el artículo 19 de la Ley N° 27.451 que se destine al Sistema Integrado Previsional Argentino.

### Actividades no esenciales.

La norma indica cuales son las actividades esenciales excluidas del aislamiento social preventivo obligatorio, y por ello debe presumirse que las no listadas son actividades de asistencia vedada. De modo tácito, en consecuencia, tales actividades se encuentran temporalmente prohibidas.

Esta imposibilidad plantea dos hipótesis:

- a) es una causa de fuerza mayor y en consecuencia, habilita el licenciamiento sin pago de salarios. (219 a 221 LCT)
- b) es un caso de aplicación directa del artículo 8 del decreto 297/2020. I en tanto el trabajador si bien no esta alcanzado por sus condiciones personales pero sí por la prohibición de realizar la actividad impuesta a su empleador, gozando por ello del derecho a su remuneración.

### Derecho laboral de la emergencia.

No tenemos un regulación específica para la emergencia y es interesante como el gobierno construye las reglas que podrían ser las que den forma a un derecho laboral en estos casos.

He señalado que han concurrido dos criterios a dar forma a las normas: el de la tutela sanitaria por la cual se apunta a pretender a la población en general y a los trabajadores en particular, y la continuidad de la actividad económica exportadora.<sup>7</sup>

En nuestro caso la emergencia ha cambiado las reglas sobre el lugar (desde el hogar) el modo (posibilidad de exigir tareas análogas) y el tiempo (obligación de prestar suplementarias) en que el trabajo se presta. El principio de indemnidad es puesto a la par que el de progresividad y esto reordena las relaciones laborales. Habilita el trabajo a domicilio y el teletrabajo por encima de las condiciones inicialmente pactadas y soslaya el acuerdo paritario en esos casos, y debilita, también, algunas de las notas esenciales de la Libertad Sindical

Ya señalamos que el derecho del trabajo carece de un régimen de emergencia. En las normas publicadas hasta la fecha las menciones normativas más cercanas son las siguientes:

a) ley 27541 ley nacional de emergencia, que de ninguna manera autoriza la extensión de dicha emergencia a las normas laborales.

b) El artículo 203 de la ley de contrato de trabajo, citado en el artículo 21 de la resolución 219/2020 del Ministerio de Trabajo. Esta norma impone al trabajador la obligación de prestar servicios en horas suplementarias por “exigencias excepcionales de la economía nacional”.

c) los propios DNU’s objeto de comentario. Vale recordar que el artículo 99 inciso 3 de nuestra constitución permite el ejercicio de la facultad legislativa sometido a posterior e inmediato control de la bicameral de seguimiento. Esta facultad tiene prohibiciones expresas de legislar sobre materia penal, impositiva, electoral y de partidos políticos solamente.

La normativa en examen remite a la “esencialidad” de actividades y trabajos. Nuestra legislación laboral regula los servicios esenciales en la ley 25877, no como resultado de una emergencia sino

---

<sup>7</sup> en un documento de fecha 29 de marzo el Observatorio de Derecho Social de la Cta adjudicó esa tendencia al lobby de los grupos empresarios concentrados.

como limitación al ejercicio del derecho de huelga, pero siendo la única mención positiva existente, me remito a ella.<sup>8</sup>

Los “servicios esenciales” reguladas por la norma vigente son los que podrían ser afectados por medidas de acción directa y evaluados en su afectación sobre la salud pública. A partir de este instituto análogo la norma de emergencia construye reglas para el hecho laboral.

Esta claro que el art. 6 del DNU 297/2020 incorpora supuestos que van más allá de los descriptos por la ley 25877 y que dicha extensión o exceso no ha sido el resultado de ninguna comisión independiente ni forma de dialogo social sino el propio arbitrio de la autoridad de aplicación en uso de sus facultades de emergencia, y lo hace con la divergencia de criterios que se señalara antes: mientras que la emergencia que la norma legal (25877) con apoyo en las opiniones del comité de libertad sindical de la OIT incluye como habilitadas son las vinculadas con la salud pública, la actual emergencia la ha extendido a ciertas actividades económicas de finalidad distinta.

Ahora bien: el cumplimiento de las actividades “esenciales” en el caso de la ley 25877 remitía al mantenimiento de servicios mínimos, mientras que la regulación que estamos analizando pretende, conforme la redacción de la norma, la prestación normal con las excepciones que la autoridad sanitaria fije, siendo a la fecha que sólo se han determinado condiciones especiales para los trabajadores de las telecomunicaciones y los encargados de edificios sin que eso obste a que las restantes actividades enunciadas como esenciales se cumplan con normalidad.

**En resumen: el derecho laboral de la emergencia permite calificar actividades económicas como esenciales e imponer su cumplimiento normal por sobre la obligación general de cuarentena.**

---

<sup>8</sup> ARTICULO 24. — Cuando por un conflicto de trabajo alguna de las partes decidiera la adopción de medidas legítimas de acción directa que involucren actividades que puedan ser consideradas servicios esenciales, deberá garantizar la prestación de servicios mínimos para evitar su interrupción. Se consideran esenciales los servicios sanitarios y hospitalarios, la producción y distribución de agua potable, energía eléctrica y gas y el control del tráfico aéreo. Una actividad no comprendida en el párrafo anterior podrá ser calificada excepcionalmente como servicio esencial, por una comisión independiente integrada según establezca la reglamentación, previa apertura del procedimiento de conciliación previsto en la legislación, en los siguientes supuestos:

- a) Cuando por la duración y extensión territorial de la interrupción de la actividad, la ejecución de la medida pudiere poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población.
- b) Cuando se tratare de un servicio público de importancia trascendental, conforme los criterios de los organismos de control de la Organización Internacional del Trabajo.

El PODER EJECUTIVO NACIONAL con la intervención del MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL y previa consulta a las organizaciones de empleadores y de trabajadores, dictará la reglamentación del presente artículo dentro del plazo de NOVENTA (90) días, conforme los principios de la Organización Internacional del Trabajo."

Es oportuno recordar en este momento que la OIT en el año 2018 (ginebra, 16 al 20 de abril) realizó una reunión de expertos que acordó unas **“directrices sobre el trabajo decente en los servicios públicos de emergencia”** En dichas directrices el dialogo social es considerado una herramienta central:

*“El diálogo social es un medio eficaz tanto para garantizar la preparación como para mejorar la respuesta ante casos de emergencia. Gracias a él se procura mejorar las condiciones de trabajo de los trabajadores de los SPU, en particular en situaciones que suponen una carga de trabajo y unas responsabilidades mayores.*

*Las presentes directrices proponen recurrir al diálogo social para hacer frente a las nuevas dificultades y necesidades que plantea el trabajo en los SPU; promover la diversidad en el empleo y establecer las condiciones de trabajo; diseñar sistemas de evaluación de los puestos de trabajo y de los salarios; formular y aplicar medidas de SST, y supervisar y evaluar políticas relativas al estrés, la violencia y el acoso en las actividades de los SPU. Las directrices se han referido a la utilización de la negociación colectiva y otros mecanismos pertinentes, según sea el caso, para establecer niveles de remuneración, medidas de SST y otras condiciones de trabajo.” (página 41)*

No nos consta, a la fecha, que las medidas adoptadas hayan sido objeto de consulta previa con las organizaciones de trabajadores y empleadores de cada actividad, y en los casos que lo ha sido, ha resultado realizarse de manera informal. Tengase presente que a la fecha, salvo las regulaciones para el sector de edificios y comunicaciones (resoluciones 3 y 233/2020) no hay regulaciones protectoras específicas para las restantes actividades excluidas de la cuarentena.

Este deficit de dialogo social se replica en el ámbito del derecho colectivo. la resolución 238/2020 de la secretaria de trabajo suspendió todos los procesos electorales así como asambleas y congresos y cualquier otra actividad que implique “movilización, traslado o aglomeración” de personas.

Complementando esta limitación, las excepciones a la veda de circulación y tránsito no alcanzan a quienes cumplan funciones de representación sindical, lo que lleva a una disminución seria de la capacidad de tutela por parte de las organizaciones gremiales.

En las jurisdicciones donde se encuentran vigentes las comisiones mixtas de seguridad e higiene (ley 14408 en la provincia de Buenos Aires, por ejemplo) las mismas no fueron convocadas para determinar las medidas de cautela sanitaria, dificultando el ejercicio de tales derechos.

Vuelvo aquí sobre el modelo posible de “derecho laboral de la emergencia” : podría elegirse entre un modelo de consenso, via dialogo social, o de reforzamiento del Poder del empleador, por otorgamiento de más facultades (distribución de jornada, alteración de tareas habituales, imposición de teletrabajo, contratación de eventuales) y por la disminución del contrapoder (al decir de Horacio Meguira) sindical. Ambas vias fueron puestas en práctica.

## NATURALEZA DE LA EMERGENCIA O LA FUNDAMENTACION EN EL ARTICULO 203 DE LA LCT.

Puestos a trabajar en el cumplimiento de los servicios esenciales, con las limitaciones propias de las medidas sanitarias, que como hasta ahora hemos visto no han sido tantas, la dinámica de la relación es vista por la autoridad de aplicación bajo la lógica de las “exigencias de la economía nacional”, y así lo cita textualmente cuando justifica la prestación de tareas :

*ARTÍCULO 2º.- Los trabajadores y trabajadoras que presten servicios en las actividades descritas en el artículo 6 del DCNU-2020-297 y sus reglamentaciones, serán considerados “personal esencial” en los términos de la Resolución del MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL N° 207 de fecha 16 de Marzo de 2020. La continuidad de tales actividades en estas circunstancias constituye una exigencia excepcional de la economía nacional (art.203 de la LCT)*

y el artículo 203 dice:

*Obligación de prestar servicios en horas suplementarias:El trabajador no estará obligado a prestar servicios en horas suplementarias, salvo casos de peligro o accidente ocurrido o inminente de fuerza mayor, o por exigencias excepcionales de la economía nacional o de la empresa, juzgado su comportamiento en base al criterio de colaboración en el logro de los fines de la misma.*

La autoridad de aplicación, en el momento de diseñar la norma que tenemos en examen, contaba con otras opciones: tenía ante sí la ley de emergencia 27451 que ya consideraba la de naturaleza sanitaria y el DNU original extiende por un año, y también contaba con una ley más específica aún, la 27827 creadora del “Sistema Nacional para la Gestión Integral del Riesgo y la Protección Civil”

Sin embargo, optó como principio rector de la regulación de emergencia el de **“exigencias excepcionales de la economía nacional”**

Esto se verifica en el extenso listado de actividades exceptuadas, y también en la omisión de acordar un protocolo de cumplimiento de las prestaciones esenciales: a diferencia de la **“esencialidad”** del conflicto colectivo donde las partes acuerdan -o un comité independiente establece – cuales son las tareas esenciales y cómo se prestan las mismas, ha sido la autoridad de aplicación la que lo ha establecido por sí, declarando a toda la actividad como esencial por su finalidad. Esa decisión expone al conjunto de los trabajadores involucrados en la misma al riesgo que se supone se pretende evitar, lo que deja en claro que en esa decisión primó la “exigencia de la economía nacional” por sobre la tutela sanitaria.

Esa primacía de la continuidad de la economía nacional -que bien podría formularse como la verificación de la existencia de un principio implícito de **“Primacía de la continuidad económica”** ( **que podríamos rastrear como preexistente** en algunas disposiciones de la Ley de Contrato de Trabajo y otras disposiciones laborales vigentes) - impacta en el derecho del trabajo (de la emergencia, en este caso) con las siguientes características:

**Extensión del Ius variandi:** se deslocaliza el trabajo y se admite el otorgamiento de otras tareas (análogas) para el cumplimiento del débito, acordadas claro, de buena fe. Si el trabajador no lo acordase, puede ser causal de rescisión del vínculo.

**Incorporación de la externalización negativa:** Algunas tareas de la cadena productiva , a en razón de la autorización para trabajar desde el lugar de cuarentena habilita el trabajo a domicilio y el teletrabajo - que son parecidos pero no son lo mismo- desde el domicilio del trabajador. Lo que sí tienen en común es que es el trabajador quien asume en principio los costos fijos de cumplir con su débito laboral.

**Flexibilidad de la jornada:** la norma de emergencia autoriza al empleador a requerir horas suplementarias las que son obligatorias en razón de la esencialidad. Esta medida opera en contra de un criterio de tutela sanitaria, que nos llevaría a limitar la exposición horaria al riesgo, la norma posibilita la extensión de la jornada diaria.

**Primacía del contrato eventual:** suprimiendo la disposición específica y el criterio general de la ley de contrato de trabajo de que la contratación laboral se presume por tiempo indeterminado, la norma de emergencia presume -iure et de iure- que las que se realicen durante este periodo son contrataciones de naturaleza eventual. Desplaza así al principio de continuidad por la imposición de una regla formal a favor del empleador.

Estas disposiciones nos dan un derecho laboral cuya nota principal es la flexibilidad, resultante de las normas de emergencia, alterando disposiciones de leyes nacionales (trabajo y jornada) y van a plantear, en su momento, el debate judicial de su constitucionalidad, ya que si bien se asientan en el dictado previo de un Decreto de necesidad y urgencia, no lo son en sí y carece de fuerza vinculante para modificar normas de rango superior.

## A modo de conclusión.

La emergencia ha reconfigurado, por hoy al menos, el derecho del trabajo “urgente”. Como en otras normas, convive en él la tensión de las partes propias del “trabajo”: el interés económico y la tutela de la persona que los produce: la primacía de la continuidad de la actividad económica con el principio de progresividad. Algunas normas tienden a la protección de este último (el régimen de dispensa de asistencia remunerada) y otras apuntan a sostener la actividad económica (el régimen de actividad esencial) porque como ha dicho alguna doctrina, se trata del derecho del trabajo y no de los trabajadores, se trata de un universo jurídico donde conviven en batalla -y pactan tregua continua – el capital y el trabajo.

Se vislumbra, y lo señalo como advertencia en la esperanza de que sea un error, mío o de la norma por lo tanto subsanable, que en esta emergencia, que la norma señala como de la economía nacional, se limita, por omisión, la Libertad Sindical, y se decanta en un “in dubio pro empresa” que, si al final de esta crisis nos queda en la playa, al retirarse el tsunami, una crisis de la economía nacional, no sean estas las líneas de acción del derecho laboral de esa nueva emergencia.

Al final del repaso de este artículo -29 de marzo- el Presidente Alberto Fernandez advirtió a los empresarios sobre las consecuencias de producir despidos en esta emergencia. Esa advertencia no fue acompañada por ninguna norma que amplíe la tutela -relativa- que la ley de contrato de trabajo ofrece frente a los despidos.



Si en la emergencia el derecho laboral pensado por la autoridad de aplicación flexibiliza la entrada (contratos eventuales) debería compensarlo con un endurecimiento de los mecanismos de salida: en el caso, la suspensión de la facultad de los despidos sin causa, la aplicación de mecanismos previos de composición en ese tipo de distractos.

Como dijimos al comienzo, el derecho laboral fue pensado en una escenografía económica donde la emergencia no tenía lugar: el derecho del trabajo no se pensó para el naufragio, y en este escenario nuevo, así como “las mujeres y los niños primeros” es la voz de orden en aquellos, en el derecho del trabajo la protección del empleo debería ser la regla.

Mirando nuevamente el conjunto de normas (mas de 100) dictadas por esta emergencia desde el primer DNU, no resulta descabellado pensar en un nuevo escenario donde el derecho social se reconfigure al menos desde el debate teórico sobre que hubiera pasado si hubiésemos contado con un seguro universal de empleo, formación y salud. También si las reiteradas invitaciones al dialogo social se hubieran concretado en una institución que pudiera, entre sus funciones, consensuar las medidas de emergencia para la economía.

Qué debería dejarnos de aprendizaje? En primer lugar repasar lo sabido: el trabajo no es una mercancía. Es un dispositivo jurídico que apuntala la justicia social sin la cual no tenemos futuro. Como señala un posteo en las redes sociales en estos días: *“al final parece que al capitalismo financiero no lo sostenían ni los flujos de capital, ni la innovación ni la tecnología, ni la iniciativa de las empresas, sino la gente yendo todos los días a laborar. Quien lo hubiera dicho, mijo”* (@nachodeboni)

En segundo lugar, pero hijo del primero, recordar, aunque no es tan lejana, la propuesta que las OIT formuló en su declaración del Centenario: reconstruir la economía desde las personas. Pasada la emergencia sanitaria nos quedará la emergencia económica. Un modelo productivo que ya venía bastante deteriorado (local y globalmente) puede sentir la tentación de huir hacia adelante escondiendo sus déficits de trabajo decente y distribución igualitaria de la riqueza bajo la bandera del esfuerzo común. Para los sectores del trabajo, los más golpeados siempre y especialmente en esta oportunidad, no deberían renunciar a ser parte de la mesa de las decisiones. La importancia del trabajo como prestación debida a otro ha cobrado su real significación en esta emergencia y de acuerdo a ese valor es que debe reclamarse ser parte del consenso.

Al derecho del trabajo le cabe una función tutelar y no es novedad, su aplicación respecto de la persona y patrimonio de los trabajadores, pero esta emergencia pone en claro que también la cumple sobre las empresas como parte esencial del binomio constitutivo del “mundo del trabajo”

Si esta emergencia ha reconfigurado -temporalmente- ciertas reglas del contrato para la supervivencia del contrato, queda planteado el desafío sobre que tipo de otras emergencias pueden convocar a las partes del mundo del trabajo a rediseñar sus acuerdos para seguir perviviendo en un mundo cambiante y de difícil predicción.