

Revista de **DERECHO LABORAL**

Actualidad

SUPLEMENTO DIGITAL

El impacto del coronavirus en las relaciones laborales

Dossier N° 3

JOSÉ DANIEL MACHADO – CÉSAR ARESE

Directores

DIEGO GUIRADO

Coordinador



**RUBINZAL - CULZONI
EDITORES**

Talcahuano 442 - Tel. (011) 4373-0544 - 1013 Buenos Aires
Salta 3464 - Tel. (0342) 401-9300 - 3000 Santa Fe
editorial@rubinzal.com.ar - www.rubinzal.com.ar
www.rubinzalonline.com.ar - www.facebook.com/rubinzal.culzoni

Fechas de publicación

Dossier N° 1: 3 de abril de 2020

Dossier N° 2: 14 de abril de 2020

Dossier N° 3: 28 de abril de 2020

Revista de Derecho Laboral actualidad, suplemento digital n°. 3 : el impacto del coronavirus en las relaciones laborales / Mario Eduardo Ackerman ... [et al.] ; coordinación general de Diego Guirado; dirigido por José D. Machado; César Arese.- 1ª ed revisada.- Santa Fe : Rubinzal - Culzoni, 2020.
Libro digital, PDF

Archivo Digital: online
ISBN 978-987-30-1456-7

1. Derecho Laboral. 2. Relaciones Laborales. I. Ackerman, Mario Eduardo. II. Guirado, Diego, coord. III. Machado, José D., dir. IV. Arese, Mauricio Cesar, dir.
CDD 344.01

RUBINZAL - CULZONI EDITORES

de Rubinzal y Asociados S. A.

Talcahuano 442 – Tel. (011) 4373-0544 – C1013AAJ Buenos Aires

Queda hecho el depósito que dispone la ley 11.723

ÍNDICE

| | |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Presentación..... | 4 |
| La compleja condición del coronavirus como enfermedad profesional según DNU 367/2020, por César Arese, | 5 |
| El limitado reconocimiento del coronavirus como enfermedad profesional, por José Daniel Machado..... | 11 |
| La infección del COVID-19 y la Ley Sobre Riesgos del Trabajo: una heterodoxa pero aceptable forma de cobertura de la infección como "enfermedad profesional no listada", por Miguel Ángel Maza..... | 19 |
| Cinco preguntas sobre el " <i>jus variandi COVID-19</i> " y la Res. METSS 279/2020, por César Arese | 27 |
| La huelga por razones de salud de los trabajadores. Paro nacional sanitario, por David Duarte..... | 33 |
| La pandemia social y sus consecuencias, por Jorge Elías..... | 39 |
| La buena fe contractual en tiempos de pandemia por el COVID-19 (coronavirus), por Carlos Alberto Livellara..... | 44 |
| DNU 329/2020: una oportunidad para que se luzca el Derecho Procesal del Trabajo... y las juezas y los jueces que lo apliquen, por Sebastián Coppoletta | 48 |
| Listar o no listar, esa es la cuestión (apresuradas reflexiones a partir de un Decreto de Necesidad y Urgencia), por Guido Seren Nova..... | 53 |
| El DNU 329/2020: de la prohibición de aplicar suspensiones por fuerza mayor y falta o disminución de trabajo a una remake del art. 223 bis de la LCT, por Raúl Alberto Oyola..... | 60 |
| ¿La pandemia del COVID-19 nos encuentra preparados para teletrabajar?, por Juan Ignacio Caminos..... | 67 |
| Consideraciones sobre los Decretos de Necesidad y Urgencia 329/2020 y 332/2020, por Guillermo Pérez Crespo..... | 72 |
| La prórroga del estado de aislamiento social preventivo y obligatorio y sus consecuencias en el universo del trabajo, por José I. Borruto | 78 |
| El COVID-19 en el ámbito laboral y de seguridad social en México, por María Ascensión Morales Ramírez..... | 84 |

PRESENTACIÓN

El mismo día en que comunicábamos a los lectores y anunciábamos en redes sociales que estaba disponible la segunda entrega del Suplemento Digital de la Revista de Derecho Laboral Actualidad sobre *El impacto del coronavirus en las relaciones laborales*, denominado a los fines prácticos como Dossier 2, se publicaba en el Boletín Oficial el DNU 367/2020 por el cual se establecía al COVID-19 como una Enfermedad de carácter profesional no listada. Esta novedad normativa implicó, en los diferentes sectores que componen este espacio editorial, renovar el compromiso solidario y redoblar los esfuerzos a los fines de poder seguir brindando a los diferentes operadores jurídicos una herramienta de consulta y de acción para afrontar esta situación excepcional que nos toca vivir a quienes, de una u otra forma, interactuamos en el mundo del Derecho del Trabajo. Si bien gran parte de esta tercer entrega está referida a realizar un primer análisis de la norma que modificó temporalmente el sistema de Riesgos del Trabajo, también se aborda el estudio de las modificaciones experimentadas en la formas de prestar tareas tras la declaración del ASPO y se plantean disparadores respecto a la desafíos procesales que se avizoran al momento de poner en práctica los postulados del DNU 329/2020.

Los autores que han brindado sus trabajos en esta nueva entrega son: César Arese, José Daniel Machado, Miguel Ángel Maza, Carlos Alberto Livellara, David Duarte, Jorge Elías, Sebastián Coppoletta, Guido Seren Novoa, Raúl Alberto Oyola, Juan Ignacio Caminos, Guillermo Pérez Crespo, José I. Borruto y desde México, María Ascensión Morales Ramírez.

JOSÉ DANIEL MACHADO – CÉSAR ARESE

Directores

DIEGO GUIRADO

Coordinador

LA COMPLEJA CONDICIÓN DEL CORONAVIRUS COMO ENFERMEDAD PROFESIONAL SEGÚN DNU 367/2020

por CÉSAR ARESE

RC D 1598/2020

El DNU 367/2020 ha venido a adaptar, circunstancial pero necesariamente el Sistema de Riesgos del Trabajo, estableciendo que la enfermedad COVID-19 producida por el coronavirus se considerará presuntivamente una enfermedad de carácter profesional -no listada- en los términos del ap. 2, inc. b, art. 6, Ley 24.557, respecto de las y los trabajadores dependientes excluidos mediante dispensa legal del cumplimiento del ASPO con el fin de realizar actividades declaradas esenciales. En los casos del personal de la salud se considerará que la enfermedad producida por el coronavirus guarda relación de causalidad directa e inmediata con la labor efectuada, salvo que se demuestre, en el caso concreto, la inexistencia de este último supuesto fáctico.

I. Amplia cantidad de actividades en riesgo e incertidumbre

Ante el recrudecimiento de la pandemia, creció la preocupación y pronunciamientos¹, exigiéndose que se diera certeza a la cobertura de trabajadores que prestan servicios esenciales y servicio o actividades permitidas de continuar prestando tareas según DNU 297 del 19/03/2020 y resoluciones administrativas de la Jefatura de Gabinete de Ministros². Existían al 12/04/2020 unos cuarenta sectores labora-

1 Entre otros, los de la Confederación General del Trabajo Regional Córdoba, Foro Federal de Comisiones Institutos de Derecho del Trabajo de la República Argentina (FOFETRA), Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social Córdoba y Unión Obrera Metalúrgica Córdoba.

2 Artículo 6°. Quedan exceptuadas del cumplimiento del “aislamiento social, preventivo y obligatorio” y de la prohibición de circular, las personas afectadas a las actividades y servicios declarados esenciales en la emergencia, según se detalla a continuación, y sus desplazamientos deberán limitarse al estricto cumplimiento de esas actividades y servicios:

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.

les definidos legalmente como actividades y servicios como esenciales y en las se prescribe la continuidad de las tareas como exigencia excepcional de la economía nacional³. No se conoce una estimación de cantidad de trabajadores comprendidos pero llegaría a porcentaje no menor de la masa laboral.

Frente a la inquietud provocado por el contexto normativo vigente, se presentaron acciones de amparo destinadas a lograr que se obligara a la cobertura de las ART y estas aclararon a través de la Unión de Aseguradoras de Riesgos de Trabajo (UART) que “los casos de denuncias de trabajadores afectados por el virus Covid-19 que se encuadren en las actividades consideradas esenciales, donde se verifique que la enfermedad se contrajo por causa directa e inmediata de la ejecución del trabajo, tendrán respuesta del sistema” (comunicado del 1/4/2020).

Ante la duda, se ha resuelto medidas cautelares por el Juzgado Nacional de Pri-

-
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.
 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.

3 El DNU 297 del 20/03/2020 y la Decisión Administrativa 450 del 02/04/2020 de la Jefatura de Gabinete; Res. MTESS 279 del 30/03/2020, los consideró “personal esencial”, en los términos de la Res. MTESS 207 del 16/3/20. Por lo tanto: “La continuidad de tales actividades en estas circunstancias constituye una exigencia excepcional de la economía nacional (art. 203, Ley de Contrato de Trabajo 20.744, T.O. 1976 y sus modificatorias)”.

mera Instancia del Trabajo de FERIA, 01/04/2020 ordenando al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y a Provincia ART entregar medidas de protección y control bajo apercibimiento de astreintes diarios y el 02/04/2020 contra el Hospital Italiano y La Segunda ART a los fines de que se proporcionen medidas de seguridad.

II. Una enfermedad “no listada” pero lista para contagiar

El Sistema de Riesgos del Trabajo (LRT) de la Ley 24557 ha venido a adaptarse, circunstancial pero necesariamente a cubrir una obvia contingencia laboral. La contingencia accidente de trabajo se define como todo “acontecimiento súbito y violento ocurrido por el hecho o en ocasión del trabajo”, se incluye el accidente en trayecto (in itinere) y las enfermedades profesionales que se ajustan a parámetros de causalidad y están contenidas en una lista cerrada. Las enfermedades “no listadas” requieren un procedimiento y resolución administrativa especial con destino final en la Comisión Médica Central y probarse la “causa directa e inmediata de la ejecución del trabajo, excluyendo la influencia de los factores atribuibles al trabajador o ajenos al trabajo”. No se “reconocerá el carácter de enfermedad profesional a la que sea consecuencia inmediata, o mediata previsible, de factores ajenos al trabajo o atribuibles al trabajador, tales como la predisposición o labilidad a contraer determinada dolencia” (art. 6 de la Ley 24.557 texto DNU 1278/2000). El coronavirus no se encuentra incluida en el listado de enfermedades profesionales por lo que el recorrido para el reconocimiento, era ese denso derrotero.

Eso fue ratificado por Gerencia General de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo (SRT) del 20/03/2020 aunque aclarando que “corresponde recordar que el procedimiento para poder interrumpir el pago de la prestación dineraria por abandono de tratamiento, estipula que debe realizarse el trámite correspondiente ante Comisiones Médicas. Hasta que las Comisiones Médicas no se expidan no puede interrumpirse el pago de la obligación dineraria para con el trabajador”. Además, dicto la SRT dictó la Res. 29 del 21/03/2020 con un afiche informativo obligatorio derivado del “documento “SARS-Cov-2 Recomendaciones y medidas de prevención en ámbitos laborales”, según su anexo II (art. 3). Aparte de indicarse las situaciones especiales de exposición al coronavirus como el personal sanitario y un largo listado, se amplía la posibilidad de riesgos según “la exposición y los elementos de protección personal específicos”.

Aparecía aquí una insinuación acerca de la ocasionalidad por exposición como causalidad laboral frente a un contagio, según la disposición del art. 6 de la Ley 24.557. Después de todo, Argentina ha ratificado los convenios 155 sobre seguridad y salud de los trabajadores y su protocolo de 2002 y el 187 marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo, 2006 de OIT que trae un concepto amplio de accidente, enfermedad profesional u suceso peligroso (art. 1) comprensivo del coronavirus. Además, en el documento de OIT, “Las normas de la OIT y el COVID-19 (coronavirus)” del 23/03/2020 (publicada el 27/03/2020). Se dice en ese documento: “La enfermedad del COVID-19 y el trastorno de estrés postraumático

contraídos por exposición en el trabajo, podrían considerarse como enfermedades profesionales⁴. En la medida en que los trabajadores sufran de estas afecciones y estén incapacitados para trabajar como resultado de actividades relacionadas con el trabajo, deberían tener derecho a una indemnización monetaria, a asistencia médica y a los servicios conexos”(p. 16)⁵.

III. Un DNU transaccional

A. Presunción de enfermedad no listada con imposibilidad de rechazo y cobertura inmediata

El 13/04/2020 se dictó el DNU 367 que vino a remediar parcialmente el margen de confusión acerca de la cobertura de ese amplio espectro de trabajadores frente a la pandemia. Para hacerlo apoyó sus considerandos en lo aconsejado por la Organización Mundial de la Salud, los fines y objetivos de la LRT inscribiéndola “en razón de varios de los principios e institutos que lo sustentan, en el concepto amplio de la seguridad social”. Lo relevante, en lo que aquí interesa, es que se recuerda aquel estudio ya referido de OIT del 23/03/2020 “sosteniendo que las patologías contraídas por exposición en el trabajo a dicho agente patógeno podrían considerarse como enfermedades profesionales”.

En lo central, se declara al coronavirus “presuntivamente una enfermedad de carácter profesional -no listada- en los términos del ap. 2, inc. b, art. 6, Ley 24.557, respecto de las y los trabajadores dependientes excluidos mediante dispensa legal y con el fin de realizar actividades declaradas esenciales, del cumplimiento del aislamiento social, preventivo y obligatorio ordenado por el Decreto 297/2020 y sus normas complementarias, y mientras se encuentre vigente la medida de aislamiento dispuesta por esas normativas, o sus eventuales prórrogas, salvo el supuesto previsto en el artículo 4° del presente decreto”.

La declaración del coronavirus como enfermedad profesional es el primer avance aunque se queda en la puerta del sistema porque luego la considera fuera del listado (ingresa pero no ingresa), apartándola de una cobertura objetiva completa

4 El párrafo 1.3.9 del anexo de la Recomendación sobre la lista de enfermedades profesionales, 2002 (núm. 194) recomienda que la lista nacional de enfermedades profesionales (a los fines de la prevención, registro, notificación y, de ser procedente, indemnización de las mismas) debería incluir, entre otras cosas, enfermedades causadas por agentes biológicos en el trabajo cuando se haya establecido, científicamente o por métodos adecuados a las condiciones y la práctica nacionales, un vínculo directo entre la exposición a dichos agentes biológicos que resulte de las actividades laborales contraídas por el trabajador. La Recomendación especifica que, al aplicar esta lista, habrá que tener en cuenta, según proceda, el grado y el tipo de exposición, así como el trabajo o la ocupación que implique un riesgo de exposición específico.

5 Véanse en particular el Convenio sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, 1964 (núm. 121), artículos 6, 8, 9, 10, 18, y la Recomendación sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, 1964 (núm. 121), así como los párrafos 2.1.12 y 2.4.1 del anexo a la Recomendación sobre la lista de enfermedades profesionales, 2002 (núm. 194).

y pacífica desde su denuncia. Se trata de una ingeniería jurídica ingeniosa para obligar a que opere el sistema sin un rechazo *in limine* (el conocido rechazo “no listada”), algo que resultaría un despropósito en el actual contexto de pandemia. Empero, para no desarticular el sistema con una nueva categoría no prevista en la LRT se obliga a aceptar el ingreso de la contingencia al sistema de forma inmediata pero condicionada por el trámite del art. 6.

En concreto, los arts. 1 y del art. 2 del DNU 367/2020 disponen simultáneamente: a) Aceptación de denuncia con imposibilidad de rechazo *in limine*; b) cobertura inmediata de prestaciones dinerarias y médicas (art. 2); c) Condicionalidad del reconocimiento definitivo al tránsito por el procedimiento especial del art. 6 de la LRT sobre no listadas (arts. 1 y 3).

B. Causalidad directa por ocasionalidad y enfermedad profesional sanitaria

En el procedimiento establecido en el art. 3° surgen algunas novedades interesantes en la dirección de difuminar la línea divisoria imaginaria entre enfermedad profesional (listada o no) y la ocasionalidad como fuente de cobertura del sistema, según el clisé reservado a los accidentes de trabajo. En efecto, la primera parte de la norma, sólo innova respecto del sistema procesal del art. 6 de la LRT para las no listadas, en que establece un procedimiento especial, como siempre, destinado a lograr “la imprescindible y necesaria relación de causalidad directa e inmediata de la enfermedad denunciada con el trabajo efectuado en el referido contexto de dispensa del deber de aislamiento social, preventivo y obligatorio, en los términos especificados en el artículo 1°”. Se ratifica aquí el principio protector, no de la víctima, sino del ya amplio y desgastado sistema de “no listadas”.

Empero, en el segundo párrafo aparecen la novedad porque, dictaminada la CM jurisdiccional, la Comisión Médica Central “podrá invertir la carga de la prueba de la relación de causalidad a favor del trabajador cuando se constate la existencia de un número relevante de infectados por la enfermedad COVID-19 en actividades realizadas en el referido contexto, y en un establecimiento determinado en el que tuvieren cercanía o posible contacto, o cuando se demuestren otros hechos reveladores de la probabilidad cierta de que el contagio haya sido en ocasión del cumplimiento de las tareas desempeñadas en el marco referido en el artículo 1° del presente”.

Lo que se quiere decir es que demostrar el contagio es casi diabólico porque, como todo el mundo sabe, es un virus sumamente expansivo y, naturalmente invisible e inasible, también probatoriamente, por supuesto. Por lo tanto, pocos podrían probar el contagio y su causalidad. En otras palabras, nadie podría probar en qué preciso momento, alguien tomó contacto con una persona o una cosa que portaba el virus. Se apela a un haz de indicios de contagio y la probabilidad de la ocasionalidad para producirlo y así obtener la obvia calificación de enfermedad profesional.

La presunción de enfermedad profesional no listada y de la existencia de los indicios “ocasionales” generadores no resuelve el contagio *in itinere*. Empero, puede

inferirse la existencia de entorno contagiante en el transporte o ambiente transitado para arribar o retornar del trabajo. Denunciadas esas circunstancias, también debe operar la inversión de la carga probatoria, quedando abierto el reconocimiento como enfermedad profesional.

En el caso de los trabajadores de la salud la causalidad directa e inmediata no necesita ser demostrada por lo que se trata directamente de una enfermedad profesional específica, salvo prueba en contrario a cargo de la ART (art. 4 del DNU 367/2020).

Finalmente, el art. 7º establece la aplicación de estas disposiciones “a aquellas contingencias cuya primera manifestación invalidante se haya producido a partir de la entrada en vigencia del DNU 297 de fecha 19 de marzo de 2020”.

IV. En suma

El DNU establece, por un lado, que los trabajadores que contraen el coronavirus en actividades exceptuadas del aislamiento obligatorio gozan de la presunción de enfermedad profesional pero no listada y debe transitar el procedimiento probatorio de causalidad directa e inmediata de las tareas ante la Comisión Médica Central. Pero por otro lado, como sistema compensador, no podrá rechazarse su denuncia, deberán otorgarse prestaciones y, durante ese proceso podrán ser beneficiados con la inversión de la carga probatoria de la causalidad si existen indicios objetivos suficientes del posible contagio, incluida la ocasión del cumplimiento de tareas. Inversamente, cuando el personal de salud contrae la enfermedad, se considera que guarda relación de causalidad directa e inmediata con la labor efectuada, salvo a su vez de prueba en contrario.

Tal vez, la solución más simple hubiera sido modificar el listado e incluir el coronavirus como enfermedad profesional indicando los factores, ambiente u ocasión de contagio, según las normas de OIT. Pero bueno, el sistema de la LRT parece ser que debe mantenerse con ajustes y pocos están dispuestos a dar los avances sustanciales sobre el componente lucrativo que siempre medra entre las normas y el objetivo central del sistema, proteger la vida y la salud. Se avanzó, de manera compleja, algo tortuosa, dando soluciones posibles a la necesidad de cobertura frente al riesgo del coronavirus profesional de los sectores que trabajan por la salud de todos. Lo merecen.

EL LIMITADO RECONOCIMIENTO DEL CORONAVIRUS COMO ENFERMEDAD PROFESIONAL

por José Daniel MACHADO

RC D 1619/2020

El autor analiza los alcances del tratamiento dado por el DNU 367/2020 a los siniestros que involucran al Covid-19, con especial consideración de los sujetos comprendidos, las presunciones en su favor, la retroactividad y provisionalidad del régimen y las dudas que restan a propósito del procedimiento y el régimen de revisión judicial.

1. Lo que no dice el DNU 367/2020.

Las generalizaciones y distorsiones con que circula la información en los medios masivos obligan a comenzar aclarando lo que el DNU no dice: *el COVID-19 no se incorpora al listado de enfermedades profesionales* del Decreto 658/1996 y sus normas complementarias.

El art. 1 de la nueva norma es claro al respecto. Incluye a la patología dentro de la categoría de las “enfermedades profesionales no listadas”, es decir, de las que ordinariamente deberán tramitar su reconocimiento o identificación como tales ante las Comisiones Médicas y de acuerdo al procedimiento reglado por el art. 6.2 de la LRT (tras la modificación del DNU 1278/2000).

Sin embargo, de manera provisional o transitoria se instituye un régimen especial con la finalidad de agilizar aquél trámite, simplificarlo y favorecer la protección de las víctimas mediante la institución de algunas presunciones. Una vez vencido el período de vigencia del DNU no rigen los beneficios que esta norma prevé.

¿Qué cambia entonces? Fundamentalmente las reglas acerca de la prueba al interior de ese trámite, más una especie de medida cautelar legalmente dispuesta por la que, mientras se sustancia, el trabajador o trabajadora recibe las prestaciones dinerarias y en especie.

A propósito de esto último, la norma no menciona *a los derechohabientes* en caso de muerte, lo cual puede responder a que, en tal caso, la única prestación en especie sería la de los gastos funerarios (cuya procedencia habría que aclarar en la reglamentación) y, en dinero, solo corresponde la indemnización por fallecimiento que deberá esperar la correspondiente calificación jurídica.

Otro aspecto general a destacar es que esa calificación la realiza *originariamente* la Comisión Médica Central con asiento en Buenos Aires. Quizá sea prematuro criticar esa decisión en tanto no contemos con la normativa reglamentaria del trámite. Pero *prima facie* parece que no será necesaria ninguna sustanciación previa ante las CCMM locales según la Ley 27348 y la Res. SRT 298/2017. Ello puede suponer “dinamita” contra el sistema de adhesiones provinciales que, precisamente, pusie-

ron como *conditio* la proximidad de la instancia administrativa y la apelación ante instancias judiciales locales. Todo un tema cuyo desarrollo excede el propósito de este comentario pero que, desde ya, puede levantar polvareda constitucional. Para variar.

2. Tarde, pero retroactivo

El DNU se publicó en el Boletín Oficial del día 14/04/2020, fecha que determina su entrada en vigencia según art. 8 de la misma norma y art. 7 del CCC. Había pasado entonces casi un mes desde el comienzo del aislamiento y ya arreciaban las críticas hacia cierta actitud terraplanista del gobierno, “negadora” por omisión de la evidencia de contagio a los trabajadores no aislados.

Sin embargo, el art. 7 establece que sus disposiciones “*se aplicarán a las contingencias cuya primera manifestación invalidante se haya producido a partir de la entrada en vigencia del DNU 297/2020 de fecha 19 de marzo de 2020.*” O sea que esta última es la que determina la “fecha de corte” en que se inicia la aplicación de los beneficios.

En buen romance ello significa que la norma constituye una excepción a la regla, según la doctrina de la CSJN en la causa “Espósito”, ya que se aplicará a hechos anteriores a la norma misma. En tal sentido, recordemos que el art. 7 del CCC admite la retroactividad cuando expresamente se la prevé, pero agrega en su párrafo segundo que “*La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales.*” De cualquier manera, más allá de posibles controversias teóricas, la imputación de la deuda a cargo del Fondo Fiduciario de Enfermedades Profesionales (DNU 1278/2000 y Decreto 590/1997) pone eventualmente en cuestión la legitimación activa de las ART para instar cualquier planteamiento basado en los derechos de propiedad.

3. Provisionalidad. Hasta cuando rige el régimen de favor

Otra de las características de la norma es su *provisionalidad*. Como ya anticipé, ha de regir solamente por el plazo indefinido que se extiendan la emergencia sanitaria y el ASPO al que la misma ha dado lugar. Finalizado el aislamiento del DNU 297/2020 caduca la protección especial, salvo para los sujetos comprendidos en el art. 4 del decreto (los agentes de salud) respecto de los que se extiende por otros 60 días desde la finalización, no ya del ASPO, sino de la emergencia sanitaria (DNU 260/2020).

Ahora bien, el art. 1 dice que la presunción que instituye estará en vigor “*mientras se encuentre vigente la medida de aislamiento*” (la originaria y sus prórrogas). Ello deja en una *zona gris* a los contagios que los trabajadores del art. 3 (los excluidos del ASPO que no sean de la salud) denuncien después de finalizado el aislamiento, pero que se hubiesen contraído antes de entonces.

Estimo que por vía reglamentaria la SRT, en un todo de acuerdo con el espíritu de la norma, debiera prever que las denuncias recibidas por la ART hasta, por lo menos, el decimocuarto día corrido posterior a la finalización del aislamiento quedan incluidas en la protección. Ello así en la medida en que, obviamente y según la información médica disponible hasta aquí, ese es el período máximo de “incubación” dentro del que debe expresarse la sintomatología. De lo contrario se dejará fuera del ámbito de aplicación de la norma a los trabajadores contagiados durante las últimas dos semanas del aislamiento.

4. Beneficiarios: grupo I (medida cautelar, presunción homini, trámite, carga de la prueba)

A los fines prácticos corresponde distinguir entre lo que llamaré Grupo I y el Grupo II, integrado exclusivamente por los “agentes de salud”.

El Grupo I comprende a todos los trabajadores dependientes que por disposición legal estuvieren *excluidos de la aplicación del ASPO*. Lo cual, por supuesto, presupone que trabajen en actividades calificadas como *esenciales*. Esas actividades son las que resultan, originariamente, del art. 6 del DNU 297/2020¹ y las inclusiones

1 Artículo 6. Quedan exceptuadas del cumplimiento del “aislamiento social, preventivo y obligatorio” y de la prohibición de circular, las personas afectadas a las actividades y servicios declarados esenciales en la emergencia, según se detalla a continuación, y sus desplazamientos deberán limitarse al estricto cumplimiento de esas actividades y servicios:

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.

13. Actividades vinculadas con la producción, distribución y comercialización agropecuaria y de pesca.

que –según el mismo autoriza– disponga ulteriormente el Jefe de Gabinete de Ministros.

Respecto de estos trabajadores los beneficios son los siguientes:

A) *Medida cautelar de fuente legal. Primera presunción. Efectos.*

Por imperio de la norma misma y a mérito de la presunción que instituye, las ART *no podrán rechazar la denuncia de contagio* que realicen los trabajadores arriba enunciados. Es decir que la denuncia se considera provisoriamente aceptada, con el efecto de habilitar el otorgamiento inmediato de las prestaciones que, al no haber distingo legal, parecen extenderse tanto a las no dinerarias como a la prestación por ILT, si correspondiere. Ahora, que el art. 2 no distinga no conduce a que se deba satisfacer de modo inmediato y sin previa intervención de la Comisión Médica Central la prestación por muerte. Ello sería inconsistente con lo que dispone el art. 3 del mismo decreto y, además, recordemos que entre los beneficiarios de la presunción no se incluye a los causahabientes que serían sus acreedores.

El goce de la presunción requiere que la enfermedad se acredite, al momento de la denuncia, mediante “diagnóstico confirmado” expedido por una “autoridad debidamente autorizada”, predicado este que sin duda requiere precisión reglamentaria.

B) *Trámite y carga (dinámica) de la prueba. Segunda presunción. Recurso judicial.*

Mientras se benefician del estatus provisional tratado en el punto anterior, los trabajadores deben aguardar que la Comisión Médica Central confirme o descarte la presunción. No aclara el DNU si corresponde algún tipo de sustanciación y si, en su caso, se aplica a la misma lo previsto por la Ley 27348 y la normativa complementaria (en especial, Res. SRT 298/2017).

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.

En este trámite corren -en principio- con la carga de la prueba de la relación causal entre la actividad y el contagio. *Pero aquí entra en juego una novedad trascendente*. Es que podrán gozar de una presunción *homini* acerca de esa vinculación si acreditan indicios en tal sentido, tales como “hechos reveladores de la probabilidad cierta de que el contagio haya sido en ocasión del cumplimiento de las tareas desempeñadas”. La misma norma señala entre esos “hechos reveladores” la circunstancia de que en la misma actividad o establecimiento se hubieren registrado un número trascendente de contagios, o que existió cercanía o posible contacto de la víctima con el agente de riesgo. Se trata, como vemos, de una hipótesis abierta de indicios, en la que destaca el uso de la palabra “ocasión” que es más propia del régimen de los accidentes que el de las enfermedades. Ello tiene un efecto ampliatorio de las posibilidades de incriminación (por ejemplo, entre los transportistas y personal de seguridad).

Si la víctima acredita los indicios, opera la carga dinámica de la prueba y la ART deberá destruir la presunción resultante mediante la demostración de que el contagio obedeció a otras razones (por ejemplo, que el trabajador convive con persona previamente infectada).

No aclara el DNU cual es el órgano y trámite para una posterior “revisión judicial suficiente” de lo decidido por la Comisión Médica Central. En las provincias que hayan adherido al régimen de la Ley 27348 el régimen recursivo reconduce a la justicia competente en cada provincia. Para las que no adhirieron, en virtud de la jurisprudencia de la CSJN que declaró la inconstitucionalidad de las CCMM (“Castillo” de 2004 y “Obregón”, de 2012, entre otras), el reconocimiento de la calidad de enfermedad profesional puede ser solicitado directamente ante la justicia laboral de la jurisdicción (CSJN en “Rivadero, Nicolás Cayetano c/Liberty ART”, de 2013).

5. Beneficiarios: grupo II (presunción legal *juris tantum*).

En este caso, que comprende exclusivamente a los trabajadores y trabajadoras de la salud (así les llama el art. 6.1 del DNU 297/2020), la víctima o sus derechohabientes no deben en principio probar nada más que su afectación a dicha actividad. Adviértase que la norma no restringe su alcance a que, por ejemplo, se demuestre haber estado en contacto con pacientes contagiados como sí lo hace el Dec.658/96 a propósito del Sida. Basta con la condición de agente sanitario. De cualquier manera queda la duda de si queda o no comprendido en ese carácter, por ejemplo, al personal administrativo de una clínica con internación. Si el criterio fuera el del CCT que les alcanza, lo que parece razonable, la respuesta ha de ser afirmativa en la medida en que las representa colectivamente la FATSA (Federación de la Sanidad).

Probada dicha pertenencia, como dije, a la primera presunción, la que deriva de su condición de personal excluido del ASPO y que es común a la del Grupo I, el trabajador gana una *segunda presunción legal*. Es lo que técnicamente se denomina

presunción causal de autoría, o sea que se tiene por cierta la vinculación entre el trabajo o actividad u ocasión laboral y la patología. Sin que deba acreditar indicio alguno para “ganar” esa presunción porque la norma ya la establece.

Por ejemplo: mientras el trabajador de una funeraria (Grupo I) debe demostrar que la pompa para la que trabaja intervino en el sepelio de personas infectadas y que él estuvo en contacto con esos restos mortales, el trabajador “de la salud” (Grupo II) goza de la presunción sin necesidad de demostrar que participó de la atención de un paciente infectado.

Por supuesto, se trata de una presunción *iuris tantum*, que admite prueba en contra acerca de una diferente circunstancia u ocasión de contagio.

6. El problema: la concausa personal (predisposición) y la comorbilidad como eximente.

Desde una mirada substantiva, el régimen de enfermedades profesionales requiere que entre las tareas y el daño exista una relación causal que el art. 6 de la Ley 24557 exige que sea “*directa e inmediata*” además de “*exclusiva y eficiente*”. Es decir que menciona a todas las teorías sobre la causa que esquematizó el maestro Isidoro Goldemberg, siguiendo a Andreas Von Thur, menos la que es propia del derecho civil argentino: la de la causalidad *adecuada*. La teoría de la causa inmediata/directa, a veces llamada “*próxima*”, es la que domina la escena.... en el Derecho anglosajón.

Todo ello supone un vínculo más estrecho, más fuerte, que el de una mera “previsibilidad” basada en la probabilidad del enlace. E incluso cuando la Ley 24557 regula las posibilidades de inclusión conferidas a la Comisión Médica Central le corta la rienda con esta expresión:

“En ningún caso se reconocerá el carácter de enfermedad profesional a la que sea consecuencia inmediata, o mediata previsible, de factores ajenos al trabajo o atribuibles al trabajador, tales como la predisposición o labilidad a contraer determinada dolencia.”

Pues bien. El DNU 367/2020 se mantiene dentro de esa lógica. El art. 3 encomienda a la Comisión Médica Central establecer “*la imprescindible y necesaria relación de causalidad directa e inmediata de la enfermedad denunciada con el trabajo efectuado en el referido contexto de dispensa del deber de aislamiento social, preventivo y obligatorio, en los términos especificados en el artículo 1°.*”

Se sigue de allí una posibilidad con efectos devastadores para el interés de las víctimas. En concreto, que la Comisión Médica establezca que la muerte o incapacidad es resultado del enlace concausal entre el contagio Covid-19 y *una comorbilidad* deducida del hecho de que la víctima pertenezca a un grupo de riesgo: edad avanzada, preexistencia respiratoria (EPOC), diabetes, ictus, hipertensión, tratamiento quimioterapéutico en curso o reciente, inmunodepresión crónica, entre otras

que indica la medicina. Y que, consecuentemente, descarte la calificación como enfermedad profesional o, en el mejor de los casos, establezca un porcentaje de daño no resarcible por responder a un factor “no atribuible al trabajador”.

¿Sucederá eso? Depende del éxito o fracaso de las actuales estrategias de control de daños que han diseñado los sanitaristas e infectólogos, más que de criterios jurídicos. Si se trata de atender a un número moderado de siniestros, de suerte que no comprometa la sustentabilidad económica del sistema, estimo que el argumento quedará “en la manga” ya que nadie querrá pagar el antipático costo de dejar a las víctimas desamparadas en medio de la cosecha de aplausos que se han sabido ganar. Pero si la prevención colectiva fracasa y hay que vérselas con una cantidad “europea” de muertes, es probable que el “as” de la comorbilidad entre a jugar su partida.

¿Suposición? Sí. ¿Razonable? También. Veán si no lo dice con garbo y casi todas las letras el párrafo 14 de los Considerandos:

“Que las soluciones que se disponen preservan los pilares esenciales del plexo de obligaciones propio del Sistema de Riesgos del Trabajo, así como su viabilidad económica financiera, receptando a la vez la aplicación de elementales principios de justicia social en el actual contexto de emergencia sanitaria.”

7. Excluidos (el inexistente Grupo III)

Como afirma con razón Arese en su publicación de la víspera², el listado de actividades comprendidas en el concepto de “esenciales” es muy amplio y parece tomar como línea divisoria el hecho de no haber quedado al amparo del ASPO, lo que ya supone en sí mismo un justo título para acceder al favor legal. Tratándose de una patología sobre la que hay todavía más vacilaciones que certezas, resulta razonable y adecuado recurrir al principio precautorio: en la duda, a favor del cuidado y la protección.

Claro que, por cierto, la presunción *homini* que asiste a las víctimas del Grupo I jugará con mucha más razón y poder convictivo en ciertos casos, como el de las funerarias, farmacias, recolectores de residuos, o los medios de transporte, que en otros en que el contagio parece menos probable (por ejemplo, empleados del Banco Central o la Casa de la Moneda).

Pero quiero dedicar un párrafo final a los trabajadores y trabajadoras que no se encuentran exceptuados del ASPO y, por ende, no integran ninguno de los Grupos sino el que solamente existe en mi imaginación, el Grupo III ¿significa ello que quedan al margen de cualquier protección? ¿o solamente que no se favorecen con ninguna de las presunciones analizadas?

2 Arese, César, *La compleja condición del coronavirus como enfermedad profesional según DNU 367/2020*, publicado en el Dossier 3 del Suplemento Digital de la Revista de Derecho Laboral Actualidad “El impacto del coronavirus en las relaciones laborales”, www.rubinzaonline.com.ar, RC D 1598/2020

El dilema recuerda, una vez más, al que se suscitó oportunamente con las enfermedades “no enlistadas” conforme a la redacción del originario art. 6.2 de la Ley 24557, esto es, que ellas o sus consecuencias “en ningún caso serán consideradas resarcibles”. Lo que, como se sabe, dio lugar a la doctrina de la CSJN en la causa “Silva, Facundo c/Unilever de Argentina SA” y en la ya citada “Rivadero”. En la primera de ellas se consagró el derecho de las víctimas a accionar civilmente contra el empleador en el caso de demostrarse la relación causal adecuada con las tareas, cuando la patología no estuviere incluida en la lista del seguro. En la segunda, se admitió que una vez probada la relación entre las tareas y el daño, no era razón bastante para rechazar la cobertura por parte de la ART el hecho de que la enfermedad no estuviera enlistada respecto de cierta tarea o actividad.

Es decir que estos trabajadores tendrán, por una parte, la acción civil contra el empleador sobre la base de demostrar la relación causal adecuada entre el daño y su tarea; y por la otra, la posibilidad de instar contra la ART la declaración de la enfermedad como imputable al trabajo según el procedimiento del art. 6 de la Ley 24557.

Pero en este escenario habrá que considerar como defensa de las ART que, si se trata de una actividad alcanzada por la prohibición resultante del ASPO, los servicios prestados en violación a esa normativa podrían configurar un supuesto de “propia torpeza” o culpa de la víctima. Y, se sabe, no pocos tribunales –en especial los superiores- son bastante sensibles al convincente argumento de que son los trabajadores, y no los empleadores, quienes imponen a la otra parte trabajar igualmente a despecho de la prohibición bajo la amenaza de renunciar al empleo.

LA INFECCIÓN DEL COVID-19 Y LA LEY SOBRE RIESGOS DEL TRABAJO: UNA HETERODOXA PERO ACEPTABLE FORMA DE COBERTURA DE LA INFECCIÓN COMO “ENFERMEDAD PROFESIONAL NO LISTADA”

por Miguel Ángel MAZA.

RC D 1604/2020

El autor realiza un pormenorizado análisis del DNU 367/2020, que incorpora a la infección COVID-19 como enfermedad profesional no listada -en los términos del ap. 2, inc. b, art. 6, Ley 24557-, resaltando las innovaciones poco ortodoxas y complejas que incorpora la norma para la cobertura por parte de las ART de las prestaciones correspondientes a los trabajadores que desarrollen actividades esenciales exceptuadas del aislamiento social, preventivo y obligatorio.

I. Hace pocos días publiqué unas breves reflexiones sobre las complicaciones que veía para encuadrar la posible infección del COVID-19 por personas que prestasen servicios de manera subordinada en el marco de actividades declaradas esenciales y, por eso, eximidas del Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio del Decreto de necesidad y urgencia 297/2020 ⁽¹⁾. En ese análisis señalé la urgencia de alguna medida normativa para permitir la cobertura del personal que, prestando servicios, contrajera la infección ya que, por el actual diseño de la puerta de entrada legal a la cobertura contenida en el art. 6 de la Ley 24.557, dicha infección no encuadraría como “accidente de trabajo” ni como una de las “enfermedades profesionales” previstas en el Listado oficial del decreto 658/1996 y sus modificaciones, al que remite la citada ley.

Dije entonces que el único camino posible para habilitar la cobertura y la protección era el excepcional que establece el art. 6 de la Ley 24.557 en su apartado 2, incisos b) y c), vía que requiere que los interesados planteen a la Comisión Médica local que sufren la infección afirmando que esta guarda una relación de causalidad directa e inmediata con la prestación de servicios. En tal caso, de acuerdo al precepto recién aludido, si la Comisión Médica local ve configurado dicho nexo causal ordenará a la ART del empleador de esas personas la inmediata atención en los términos del art. 20 de la Ley 24.557, es decir las prestaciones asistenciales, y las dinerarias que correspondan, elevando de oficio tal dictamen a la Comisión Médica Central para su confirmación o revocación.

1 Ver *Una posible forma de encarar la infección COVID-19 desde la Ley sobre Riesgos del Trabajo*, publicado en el Dossier 2 del Suplemento Digital de la Revista de Derecho Laboral Actualidad “El impacto del coronavirus en las relaciones laborales”, www.rubinzalonline.com.ar, RC D 1534/2020.

Sostuve en dicho estudio que ese camino, el único existente en ese momento, implica un gran dispendio de tiempo para las posibles víctimas y propuse que el PEN requiriera urgentemente que el Comité Permanente previsto en el art. 40 de la Ley 24.557 se expidiera incluyendo como “enfermedad profesional” a la infección por Coronavirus, determinando las condiciones de causalidad correspondientes, del mismo modo que se hizo en el año 2003 con otras dos infecciones, la de Hantavirus y la del Mal de Chagas.

Propuse, asimismo, que de manera excepcional se pusiera por 12 meses la financiación de esas prestaciones asistenciales y dinerarias a cargo del Fondo Fiduciario de Enfermedades Profesionales del Decreto 590/1996, modificado por el DNU 1278/2000, ya que, por la conformación del sistema de seguros de la Ley 24.557, no sería válido imponer a las aseguradoras la asunción directa de un riesgo no evaluado para formular sus primas.

II. Afortunadamente, el Poder Ejecutivo Nacional ha reaccionado con rapidez y, por la vía del Decreto de necesidad y urgencia, se ha ocupado de este problema urgente y preocupante, aunque lo hizo con una técnica poco ortodoxa pero que, con una creatividad tal vez innecesaria en la medida que existía otro camino, parece efectiva y por eso merece en general una consideración positiva.

En efecto, por el DNU 367 del 13/04/2020 el Presidente de la República se le da una respuesta al problema con una solución heterodoxa, como luego explicaré, pero de todos modos eficaz en orden a lo central de la problemática en juego.

III. El DNU 367/2020 dispone que “la enfermedad COVID-19 producida por el coronavirus SARS-CoV-2 *se considerará presuntivamente una enfermedad de carácter profesional -no listada- en los términos del apartado 2 inciso b) del artículo 6° de la Ley N° 24.557*”, para los trabajadores dependientes que, estando excluidos del Aislamiento Preventivo Social Obligatorio por el art. 6 del DNU 297/2020, realicen alguna de las actividades declaradas esenciales.

Ahora bien, eso implica, en primer lugar, una declaración obvia: que la infección por COVID-19 no constituye una “enfermedad profesional” de las listadas por el decreto 658/1996 y sus modificatorias y, por lógica consecuencia, que quienes busquen la cobertura en la ley 24.557 deberán tramitar la vía extraordinaria del inciso b) del apartado 2 del art. 6.

Lo novedoso está en el hecho de disponerse por DNU que, cuando un trabajador considere que ha contraído la infección del COVID-19 en la prestación de servicios, fuera de su domicilio y realizando actividades esenciales exentas del ASPO, y haga la denuncia ante la aseguradora de su empleadora, ésta deberá presumir que dicha enfermedad ha sido causada en forma directa e inmediata por el empleo y comenzar a otorgar las prestaciones correspondientes según la Ley 24.557, como surge del art. 1° del citado decreto.

En efecto, dispone el DNU 367/2020 en el art. 2 que las ARTs *no podrán rechazar la cobertura de tales contingencias al tomar conocimiento de la denuncia* ⁽²⁾ que esté acompañada del *correspondiente diagnóstico confirmado por entidad debidamente autorizada* ⁽³⁾. En tales casos, las aseguradoras, según establece el precepto bajo comentario, deberán otorgar *en forma inmediata* las prestaciones previstas en la Ley 24.557 y sus normas modificatorias y complementarias, lo que no es innovativo ya que el régimen en general prevé que, desde la recepción de la denuncia, las aseguradoras deben brindar prestaciones asistenciales, como lo establece el art. 4 del Decreto 717/1996 ⁽⁴⁾.

Cabe, no obstante, hacer un señalamiento: el régimen general establece en el art. 5 del Decreto 717/1996 que desde la recepción de la denuncia las aseguradoras otorguen prestaciones asistenciales; sin embargo el DNU 367/2020 impone la obligación de dar *prestaciones*, sin hacer distintos, lo que permite considerar que, ante la denuncia acompañada del diagnóstico certificado de infección por COVID-19, la aseguradora deberá dar atención asistencial en los términos del art. 20 LRT pero también, cuando corresponda, las prestaciones dinerarias ⁽⁵⁾.

Lo relevante es que el DNU 367/2020 bloquea la posibilidad de la aseguradora de rechazar la denuncia en base al argumento de que la infección del COVID-19 no es una “Enfermedad Profesional”, como la misma norma reconoce, y por el contrario le impone dar inmediata cobertura a la persona infectada en base a la presunción creada en el art. 1º.

A la par, la norma analizada prevé la elevación por la ART del trámite a la Comisión Médica Central ya que el decreto deja aclarado en su art. 3 que “*La determinación definitiva del carácter profesional de la mencionada patología quedará, en cada caso, a cargo de la COMISIÓN MÉDICA CENTRAL (C.M.C.) establecida en el artículo 51 de la Ley Nº 24.241, la que entenderá originariamente a efectos de confirmar la presunción...*” creada por la misma norma.

Dicho de otro modo, para este exclusivo caso el DNU bajo análisis establece un procedimiento administrativo especial y distinto al que, para las “enfermedades

2 Vale acotar que la denuncia puede ser efectuada por el trabajador o por el empleador, conforme la Ley 24.557 y el Decreto 717/1996.

3 Es de suponer que la reglamentación que el DNU delega en la Superintendencia de Riesgos del Trabajo explicitará cuáles son las entidades debidamente autorizadas para certificar los diagnósticos.

4 Claro que, en el régimen general, la denuncia puede ser rechazada dentro del plazo previsto en el art. 6 del Decreto 717/1996, mientras que en especial caso bajo examen la norma veda a las aseguradoras la posibilidad de desestimar la denuncia si ésta vino acompañada del diagnóstico certificado.

5 Cabe recordar aquí que los primeros 10 días de la licencia paga por Incapacidad Temporal corren a cargo del empleador, con lo que la ART sólo debería comenzar a dar prestaciones dinerarias a partir del día 11 del impedimento de prestar servicios por esta enfermedad, salvo que el empleador haya asegurado también ese tramo, caso en el que quedará obviamente a cargo del asegurador desde el primer día.

profesionales” no listadas prevén el art. 6 apartado 2 en los incisos b) y c) de la Ley 24.557 y el decreto 410/2001, de manera que, recibida por la ART la denuncia efectuada por el trabajador, o por el empleador, acompañada del diagnóstico debidamente certificado, aquella deberá comenzar de inmediato a otorgar y/o pagar las prestaciones correspondientes y luego elevará el trámite a la Comisión Médica Central, sin que sea necesario iniciar un pedido ante la Comisión Médica local.

No creo ocioso decir, antes de seguir, que lo que se afirma respecto de la ART es aplicable al empleador auto asegurado y tal vez también al empleador no afiliado a una aseguradora, que, conforme el art. 28 de la Ley 24.557, responde en forma directa en los términos de dicha norma.

Mientras la persona trabajadora infestada esté recibiendo las prestaciones debidas, la ART elevará el expediente a la Comisión Médica Central, según lo indica el art. 3 del DNU 367/2020, a los fines de que, conforme a los requisitos formales de tramitación y a las reglas de procedimiento especiales que se dicten por vía reglamentaria del presente decreto, examine si se verifica *“la imprescindible y necesaria relación de causalidad directa e inmediata de la enfermedad denunciada con el trabajo efectuado en el referido contexto de dispensa del deber de aislamiento social, preventivo y obligatorio”*. De esta regla se puede deducir que la presunción creada en el art. 1º cesa sus efectos en el momento de examinarse la cuestión por la Comisión Médica Central, con la excepción de los casos de personal afectado, dentro de las actividades esenciales, a las tareas de salud (conf. art. 4).

Y, tras esa sucesión de reglas, el DNU en examen introduce una segunda y doble regla novedosa y extraordinaria.

En primer lugar, dicha norma del PEN le otorga a la Comisión Médica Central una facultad procesal atípica al indicar que *“podrá invertir la carga de la prueba de la relación de causalidad a favor del trabajador cuando se constate la existencia de un número relevante de infectados por la enfermedad COVID-19 en actividades realizadas en el referido contexto, y en un establecimiento determinado en el que tuvieren cercanía o posible contacto, o cuando se demuestren otros hechos reveladores de la probabilidad cierta de que el contagio haya sido en ocasión del cumplimiento de las tareas desempeñadas en el marco referido en el artículo 1º”*⁽⁶⁾ (el subrayado es mío), es decir que, ante ciertos datos contextuales -como los que en el Decreto 1167/2003 usó para considerar “Enfermedad Profesional” a la infección por Hantavirus- la norma bajo estudio deja en decisión de los médicos de la Comisión Médica Central aplicar en cada caso la regla de la inversión de la carga probatoria.

Dicho de otro modo, el PEN le brinda a la Comisión Médica Central la posibilidad de partir de la premisa de que media causalidad directa e inmediata ante un número relevante de infestados en condiciones similares o cuando haya prueba de otros hechos reveladores de la probabilidad cierta de que el contagio se produjo en

6 Es decir las tareas desempeñadas por los dependientes en el marco de actividades esenciales.

ocasión del cumplimiento de las tareas y ello constituye una regla bastante peculiar pero probablemente útil.

A la par, el art. 4 del DNU 367/2020 establece un régimen distinto para los casos de “*trabajadoras y trabajadores de la salud*, para los cuales establece que la enfermedad COVID19 *guarda relación de causalidad directa e inmediata con la labor efectuada, salvo que se demuestre, en el caso concreto, la inexistencia de este último supuesto fáctico*, de modo que para ese segmento de las personas que trabajan durante el APSO la presunción no es opcional para la Comisión Médica Central sino que viene impuesta normativamente.

Admiro la creatividad pero pienso que un régimen probatorio y presuncional complejo como el descrito no luce promisorio cuando los operadores del régimen procesal serán las Comisiones Médicas, integradas, como sabemos, por profesionales de la medicina.

Ahora bien, además la presunción del art. 1º del decreto, es decir la que manda a las aseguradoras presumir la existencia del nexo causal para dar cobertura provisoria a los trabajadores contagiados ya a partir de la recepción de la denuncia, como la del art. 4 recién descrita, o sea la presunción impuesta a la Comisión Médica Central para los casos de personal de la salud, tienen una vida procesal limitada ya que el mismo art. 4 prescribe que sólo rigen hasta los 60 días posteriores a la finalización de la vigencia de la declaración de la ampliación de emergencia pública en materia sanitaria realizada en el DNU 260/2020, y sus eventuales prórrogas.

Es decir que, pasados 60 días ⁽⁷⁾ del final del Aislamiento, al día de hoy prorrogado hasta el 26 de abril, ya no operarán sendas presunciones con lo que, en tanto el propio DNU parte de la premisa indiscutible de que esta infección no califica como Enfermedad Profesional listada, todo trabajador dependiente que afirme haber sido contagiado en ocasión de su empleo tendrá que iniciar el procedimiento excepcional ordinario -si se me permite el oxímoron- del art. 6 apartado 2 inciso b) de la Ley 24.557 y del Decreto 410/2001, es decir la iniciación de un pedido de cobertura ante la Comisión Médica local por el interesado.

En cambio, puede pensarse que la compleja trama del art. 3 del DNU 367/2020 no ha sometido a plazo resolutorio la facultad otorgada a la Comisión Médica Central de invertir la carga probatoria cuando deba examinar expedientes originados en denuncia de contagio del COVID-19 luego de pasados 60 días tras el levantamiento del aislamiento social obligatorio.

IV. Obviamente hubiera sido más fácil, con ese mismo criterio, incluir, en esas condiciones, al COVID-19 como “Enfermedad Profesional” en el Listado oficial, pero el PEN prefirió un camino novedoso, complejo y, por eso mismo, de cierta incerteza.

7 En mi opinión son 60 días hábiles, puesto que la norma examinada tiene clara naturaleza procesal.

Probablemente sea aplicable ese aforismo popular derivado de las leyes de Murphy según el cual, si algo puede hacerse complicado, mejor no hacerlo sencillo.

Es interesante detenerse a pensar que, gracias a esta creativa normativa, ahora son 4 y no 3 las vías de acceso a la cobertura de la Ley sobre Riesgos del Trabajo. Me explicaré: originalmente el art. 6 sólo preveía 2 caminos de entrada: accidentes de trabajo y Enfermedades Profesionales del Listado. El DNU 1278/2000, al modificar el art. 6 de la Ley 24.557 añadió la tercera vía, ésta es la de las “enfermedades profesionales” no listadas pero declaradas tales por la Comisión Médica en un procedimiento especial.

El DNU 367/2020 adiciona la 4ta. vía de acceso a la cobertura, la de una “Enfermedad Profesional” no prevista en el Listado del Decreto 658/1996 pero presumida como tal por el art. 1 de este decreto y que mantendrá tal carácter de “enfermedad presuntivamente profesional” hasta que la Comisión Médica Central se expida, confirmando tal presunción inicial o desestimándola.

V. Más allá de estas reglas generales, el art. 5 del DNU 367/2020 trae una llamativa y también heterodoxa regulación relativa al financiamiento de estas contingencias.

En efecto, dicha norma limita el financiamiento de estas “enfermedades presuntivamente profesionales” por el Fondo Fiduciario para Enfermedades Profesionales del decreto 590/1996, modificado por el DNU 1278/2000, hasta transcurridos 60 días de terminado el aislamiento obligatorio.

Conviene memorar aquí que, cuando el DNU 1.278/2000 introdujo en la Ley 24.557 la categoría de las “enfermedades profesionales no listadas” declaradas tales por la Comisión Médica Central, dispuso que los gastos efectuados por las aseguradoras en materia de prestaciones asistenciales y dinerarias serían reintegradas en un 100% por el Fondo Fiduciario para Enfermedades Profesionales del Decreto 590/1996 (8).

Como puede verse, el art. 5 del DNU 367/2020 está introduciendo una limitación temporal en relación a esta enfermedad, presumida como profesional pero no incluida en el Listado del Decreto 658/1996, ya que acota esa facultad de las ase-

8 Noma que, en rigor, ya podría ser modificada puesto que aquella alternativa se empleó para superar el hecho de que las aseguradoras de riesgos no habían podido evaluar ni mensurar los riesgos derivados de esas nuevas y eventuales contingencias para formular las primas del seguro. Pasados casi 20 años ya sería hora para dejar esas coberturas a cargo de las ARTs, con la facultad para éstas de incluirlas en el alcance del seguro obligatorio de la Ley 24.557. De hecho, el art. 3 del Decreto 49/2014, que añadió 3 grupos de patologías como “enfermedades profesionales”, dispuso que el costo de las prestaciones otorgadas por enfermedades que se incluyan a partir de su fecha de vigencia serán cubiertos por el Fondo Fiduciario del decreto 590/1995 en un 100% el primer año y un 50% el segundo año, a contar desde su inclusión en el Listado de Enfermedades Profesionales, así como aclaró que, a partir del tercer año, las prestaciones estarán íntegramente a cargo de las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo.

guradoras de obtener el reintegro de lo gastado y abonado a los 60 días ⁽⁹⁾ posteriores al fin del aislamiento obligatorio. De ello parece desprenderse que, pasado ese lapso, cuando la Comisión Médica Central declare la existencia de vínculo causal directo e inmediato entre el empleo y la infección por COVID-19 y la mande cubrir como “enfermedad profesional” no listada, el gasto será a cargo de la ART. Por cierto, no está claro por ahora, y seguramente la reglamentación por la SRT lo aclarará con precisión, de qué modo opera ese plazo, es decir si refiere a contingencias denunciadas pasado dicho lapso, a contingencias en las que la exposición al riesgo ocurra luego de ese tiempo o, en fin, a contingencias confirmadas por la Comisión Médica Central fuera de dicho eón.

Como fuere, habrá ahora también dos clases de “enfermedades profesionales” no listadas a los fines de su régimen de asunción y financiamiento: toda aquella que la Comisión Médica Central declare tal, que gozará de un reintegro del 100% por el Fondo Fiduciario y la derivada de infección por COVID-19 que, pese a no ser Enfermedad Profesional, quedará exclusivamente a cargo de cada aseguradora.

VI. *Conclusiones*: Antes de culminar este análisis preliminar, podría sintetizar lo expuesto reseñando lo que surge del DNU 367/2020:

a) la innecesaria declaración de que la infección por COVID-19 no constituye una “enfermedad profesional” del listado del Decreto 658/1996 y de que, en cada caso, podrá solicitarse su cobertura como “enfermedad presuntivamente profesional” no listada según el art. 6 apartado 2 inciso b) de la LRT;

b) la presunción de la existencia de un vínculo de causalidad directo e inmediato entre la infección por COVID-19 y el empleo de personas que desempeñen tareas esenciales de las enumeradas en el art. 6 del DNU 290/2020 y sus modificatorios y, entre estas, las del personal afectado a tareas de salud;

c) la creación de un procedimiento para tal solicitud distinto al previsto en las normas recién aludidas, ya que se inicia con la denuncia ante la aseguradora, acompañada del diagnóstico certificado por entidad debidamente autorizada;

d) la aseguradora debe dar inmediata cobertura -prestaciones asistenciales y dinerarias, si correspondiesen- desde la denuncia;

e) la ART elevará el trámite a la Comisión Médica Central para que confirme o desestime la presunción nacida de este decreto sobre el vínculo de causalidad;

f) para el caso del personal afectado a tareas de salud, la Comisión Médica Central deberá partir de la presunción prevista en el art. 4 del DNU, lo que implica que, presumiéndose el vínculo causal, habrá de verificar si hay prueba que rompa tal presunción, la que estará, pues, a cargo de la aseguradora ⁽¹⁰⁾;

9 En esta hipótesis pienso que el DNU alude a días corridos, ya que el plazo bajo análisis no constituye una norma procesal sino de derecho material.

10 O, en su caso, del empleador auto asegurado o el empleador no asegurado.

g) para los restantes casos de personal exento del aislamiento y prestador de tareas en actividades esenciales en los términos del art. 6 del DNU 297/2020 y sus complementarios la presunción inicial del art. 1 no operará cuando la Comisión Médica Central deba verificar la existencia o no del vínculo causal directo e inmediato, aunque el art. 3 del DNU 367/2020 permite a dicho órgano administrativo invertir la carga de la prueba de la relación de causalidad a favor del trabajador si advierte la existencia de un número relevante de infectados por la enfermedad COVID-19 en actividades realizadas en el referido contexto y en un establecimiento determinado en el que tuvieren cercanía o posible contacto o cuando se demuestren otros hechos reveladores de la probabilidad cierta de que el contagio haya sido en ocasión del cumplimiento de las tareas desempeñadas en el marco referido en el art. 1°:

h) estas presunciones y la facultad de la Comisión Médica Central de invertir la carga probatoria sólo operarán hasta cumplidos 60 días de la finalización del Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio;

i) el costo de las prestaciones que asuman las aseguradoras por esta contingencia será a cargo del Fondo Fiduciario para Enfermedades Profesionales del Decreto 590/1996 en un 100% hasta transcurrido el plazo precedentemente indicado.

Para terminar, quiero rescatar la rápida respuesta estatal ante este nuevo y gravísimo problema pero creo que es pasible de crítica la complejidad de la solución adoptada, sobre todo por cuanto, a mi entender, existía un camino sistémico, racional y, sobre todo, más sencillo.

Sostengo que hubiera sido más razonable utilizar las pautas identificadas en el propio art. 3 del DNU 367/2020 para incluir la infección por COVID-19 en el Listado de Enfermedades Profesionales del Decreto 658/1996 y, para respetar las reglas propias del Derecho de Seguros, poner el total o una parte de los costos por prestaciones gastadas y/o abonadas por las aseguradoras a cargo del Fondo Fiduciario del Decreto 590/1996, lo que inclusive se podía haber hecho también por un lapso determinado, como lo hizo el Decreto 49/2014 para las nuevas enfermedades profesionales que incorporara en el año 2014.

CINCO PREGUNTAS SOBRE EL “*JUS VARIANDI COVID-19*” Y LA RES. 279/2020 DEL METSS

por César ARESE

RC D 1628/2020

Sobre la base del método de interrogantes, se abordan los cambios de las reglas instrumentadas en el marco de la crisis laboral del coronavirus en las condiciones individuales de trabajo. La hipótesis es que las relaciones dependientes se encuentran fuertemente alteradas por las decisiones oficiales y traerán secuelas por ahora no medibles, pero imaginables.

I. ¿Puede el empleador reorganizar unilateralmente la jornada?

La Res. 279 del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación (METSS) del 30/03/2020, estableció:

“La reorganización de la jornada de trabajo a efectos de garantizar la continuidad de la producción de las actividades declaradas esenciales en condiciones adecuadas de salubridad en consonancia con los protocolos establecidos por la autoridad sanitaria, será considerado un ejercicio razonable de las facultades del empleador” (art. 4).

El ejercicio de este nuevo *jus variandi Covid-19* habilitado por acto administrativo, está condicionado por las pautas del contrato de trabajo. A saber:

1. La pertenencia de las actividades y servicios esenciales según las pautas de DNU 297/2020 y la Decisión Administrativa 450, 02/04/2020 de la Jefatura de Gabinete y normas subsiguientes. Hay muchos matices en las actividades, desde las de carácter sanitarios y de seguridad hasta personal de “venta de insumos y materiales de la construcción provistos por corralones” o “curtiembres, aserraderos y fábricas de productos de madera, fábricas de colchones y fábricas de maquinaria vial y agrícola”.
2. Condiciones adecuadas de seguridad
3. Respeto de protocolos sanitarios, lo que es decir, también las reglas dispuestas por la Superintendencia de Riesgos de Trabajo (SRT) en la Res. 23 relativa al coronavirus, sin perjuicios de otras en vigor.
4. Si bien, dadas las condiciones anteriores se presume un ejercicio razonable del cambio de régimen de jornada, no se desplazan las obligaciones de los arts. 62 a 68 de la LCT y normas que rigen la protección desde los Derechos Humanos Laborales. Esto quiere decir, que la razonabilidad está vinculada con un ejercicio del *jus variandi* no abusivo. En otras palabras que se actúe con buena fe, colaboración, solidaridad, atendiendo a los fines de empresa, a

las exigencias de la producción, sin perjuicio del mejoramiento del trabajo, sin producir cambios en las condiciones esenciales del contrato, perjuicio material o moral al trabajador, ni advertirse ejercicio abusivo o sanción disciplinaria encubierta.

5. La variación de modalidad de tareas deberá realizarse sin que implique trato discriminatorio según el amplio espectro de normas relativas a la igualdad de trabajo y de violencia o abuso laboral (Convenios OIT Nro. 100 y 111; arts. 1 y 9 del Convenio 190 sobre la violencia y el acoso laboral; Ley 23592 y normas).
6. En caso de un ejercicio abusivo del *jus variandi* coronavirus, podrá interponerse la acción no innovativa del art. 66, LCT u otras acciones expeditivas de los ordenamientos procesales para proteger los derechos. La eventual generación de riesgo de la vida o salud podría disparar los procedimientos del art. 75, LCT o los arts. 1030/1 y 1710/11 del CCC.

II. ¿Es exigible el teletrabajo?

Los Decretos de Necesidad y Urgencia 297/2020 y 325/2020, las Resoluciones 202, 207, 219 y 279 del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación; la Resolución 21 de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo (SRT); Res. 03 y la Decisión Administrativa 390 de la Jefatura de Gabinete, todos instrumentos dictados en marzo de 2020 en el marco de la crisis, se refieren a la instrumentación del teletrabajo. Paralelamente, una gran cantidad de disposiciones de los poderes judiciales y provinciales, así como gobiernos provinciales y municipales, instrumentaron esta modalidad de trabajo. En pocos días, miles de puestos de trabajo se adaptaron a esta modalidad o comenzaron a hacerlo. De buenas a primera, muchos hogares se convirtieron en establecimientos comerciales, industriales, etc. a través del trabajo remoto. En algunos sectores como de informática, tres cuartas partes de las empresas tecnológicas de software trabajan en forma remota.

Argentina posee un antiguo estatuto sobre trabajo a domicilio Ley 12713 de 1941, que por razones obvias, no se adapta a las nuevas modalidades y por Ley 25800 ratificó el Convenio sobre el trabajo a domicilio (1996, número 177), que posee la Recomendación sobre el trabajo a domicilio, 1996 (núm. 184). Pero hasta ahí se llega en materia reglamentaria. Sin embargo, este convenio necesitaría de ajustes y actualización en el marco de la expansión tecnológica registrada desde su vigencia y que hacen dudar de su efectividad autónoma al menos¹. Ni se tiene en claro qué es realmente el teletrabajo² y cómo se concretaría fuera del establecimiento.

1 Ushakoba, Tatsiana, “El Derecho de la OIT para el trabajo a distancia: ¿una regulación superada o todavía aplicable?”, Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo, Volumen 3, núm. 4, octubre-diciembre de 2015

2 Entre otras definiciones, “el teletrabajo es una forma de organización y/o de realización del trabajo, utilizando las tecnologías de la información en el marco de un contrato o de una relación de trabajo, en la cual un trabajo que podría ser realizado igualmente en los locales de la empresa se

De apuro, la Res. 21 SRT del 17/03/2020 extendió la cobertura sobre riesgos de trabajo al ahora “hogar-establecimiento”, pero las medidas de prevención de siniestros es todo un reto para el sistema, extremo por otra parte, frente a una pandemia de tan difícil combate como la de coronavirus.

Por lo pronto, la Res. 279/2020 del MTESS indica en su art. 1º:

“Los trabajadores y trabajadoras alcanzados por el “aislamiento social preventivo y obligatorio” quedarán dispensados del deber de asistencia al lugar de trabajo. Cuando sus tareas u otras análogas puedan ser realizadas desde el lugar de aislamiento deberán en el marco de la buena fe contractual, establecer con su empleador las condiciones en que dicha labor será realizada”.

De entrada, esta modificación implica gastos que se ahorra el empleador y asume el trabajador (instrumentos de trabajo, servicios, etc.), cambio en la vida personal (intimidad, ámbito de privacidad) instrumenta en la casa y un nexo con pautas difusas (horarios, controles, etc.). Entre otros efectos, se altera la privacidad y se pueden volver difusos los límites de jornada y el derecho a la desconexión. Se puede contra argumentar, que el trabajador ahorra transporte y otros gastos por permanecer en el hogar. El tema es que la “buena fe” conducta de las partes, es un concepto difuso a llenar de contenido concreto (art. 63, LCT). Como está construida esta novedosa norma del MTESS reglamentaria de la LCT, se le otorga un tono imperativo: los trabajadores y trabajadora *“deberán...establecer con su empleador”*. Es decir, que puede leerse como la obligación del trabajador de pactar las condiciones del teletrabajo domiciliario y que, de ser reticente o negarse, considerarlo incurso en “mala fe” contractual.

Es obvio que, como en el punto anterior, se trata de emplear, no solo la buena fe, sino la solidaridad y colaboración contractual (art. 62 y sig. LCT). En algún caso puede ser un simple acomodo de lo que viene ocurriendo o alguna alteración menor de las condiciones preexistente pero, para la mayoría, se sospecha, significa un cambio sustancial en las condiciones de trabajo y por tanto requiere aquí el nivel de condicionamientos del punto anterior.

El desafío futuro es cubrir el vacío normativo respecto de esta modalidad de trabajo y seguramente, por vía legislativa y autónoma. Todo se está respondiendo, en muchos casos, con negociación individual como marcan en general esas reglas, pero también abriendo la negociación colectiva.

III. ¿Cómo se puede extender la jornada?

Por Ley 27.541 se dispuso hasta el 31 de diciembre de 2020 la emergencia en materia sanitaria. El DNU 297/2020 del 20/03/2020 y la Decisión Administrativa 450, 02/04/2020 de la Jefatura de Gabinete establecieron unas 32 actividades y ser-

efectúa fuera de estos locales de forma regular”, según el “Acuerdo marco europeo sobre teletrabajo”, Bruselas, 16 de julio de 2002.

vicios como esenciales. La Res. MTESS, 279, 30/03/2020, los consideró “personal esencial”, en los términos de la Res. MTESS 207 del 16/03/2020 y dispuso en el art. 2 de la Res. MTESS 279/2020:

“La continuidad de tales actividades en estas circunstancias constituye una exigencia excepcional de la economía nacional (artículo 203, Ley de Contrato de Trabajo Nro. 20.744, T.O. 1976 y sus modificatorias)”.

Dentro del concepto de jornada “a disposición” la distribución de horas dentro de los límites máximos según cada tipo y forma de jornada es facultad del empleador y, el trabajador debe acatar ese poder de organización y dirección (art. 197, LCT). Los excesos de jornada son trabajo prohibido (art. 40, LCT) y facultativos o voluntarios para el trabajador, aunque el sistema del art. 201, LCT y la Ley de Jornada 11.544 son laxos respecto de su instrumentación por empleador. El citado art. 203, LCT establece la “obligación de prestar servicios en horas suplementarias”, en “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”.

Esa disposición se corresponde con el art. 2 de la Ley 11.544 que admite la excepción por fuerza mayor pero con varias limitaciones:

Será admisible “tan sólo en la medida necesaria para evitar que un inconveniente serio ocurra en la marcha regular del establecimiento y únicamente cuando el trabajo no pueda ser efectuado durante la jornada normal, debiendo comunicarse el hecho de inmediato a las autoridades encargadas de velar por el cumplimiento de la presente ley” (art. 2 Ley 11544). Se agrega la que, en defecto de esa “comunicación hará pasible a la empresa de la multa que establece la ley por infracción a la jornada legal” (art. 14, Decreto 16.115/1933)

No se podrá superar el límite de 30 horas mensuales y 200 horas anuales, en un año calendario (art. 13, Decreto 16115, texto, Decreto 484/2000).

Al igual que en ejercicio de la facultad de cambiar la jornada, se supone que aquí, como en el conjunto de alteraciones que surgen y se disponen legalmente, deberá, por sobre todas contingencias que atraviesa el contrato de trabajo, acudirse a criterios de racionalidad, cuidando la finalidad excepcional y temporal de la norma. Con todo, la mencionada obligación de colaboración no desplaza la racionalidad, buena fe y solidaridad contractual (arts. 62/68 LCT) y a su vez aparece la posibilidad de que el trabajador se excepcione de asistir fundándose en obligaciones familiares o en la existencia de riesgo para su salud (art. 75, LCT, arts. 1031/2 CCC ya relacionado).

Una acotación final sobre el tema. El art. 7 de la Ley 11.544 admite la suspensión de la ley completa, “por decreto del Poder Ejecutivo nacional en caso de guerra o circunstancias que impliquen un peligro inminente para la seguridad pública”. Es decir, una situación encuadrable en la crisis de la pandemia, lo que no ha ocurrido, por lo que se encuentra vigente el sistema completo de tiempo de trabajo.

IV, ¿Laboralización de “no dependientes”

En el marco de la misma Res. 279/2020 del MTESS que reglamenta, en todos sus seis artículos, aspecto del desempeño en relación de dependencia (teletrabajo, art. 203, LCT, *jus variandi* coronavirus, contratación de personal eventual y reglamentación de remuneraciones), aparece un art. 3:

“Están incluidos dentro del concepto de trabajadores y trabajadoras quienes presten servicios de forma continua bajo figuras no dependientes como las locaciones de servicio reguladas por el Decreto Nro. 1109 del 28 de Diciembre de 2017, aquellas otras que se desarrollen en forma análoga dentro del sector privado, las prestaciones resultantes de becas en lugares de trabajo y las pasantías, como así también las residencias médicas comprendidas en la Ley N° 22.127 y los casos de pluriempleo o de múltiples receptores de servicios”.

Por lo que puede leerse, se considera trabajadores y por lo tanto regidos al menos por la legislación especial laboral, quienes se desempeñen en condiciones análogas a la prestación de servicios con figuras de “locaciones de servicios” para “la prestación de servicios profesionales autónomos que sean necesarios para el desarrollo de tareas, estudios, proyectos o programas especiales” (art. 1, Decreto 1109/2017), en el sector privado. Entran en ese concepto, fundamentalmente los médicos pero también, contadores, abogados, informáticos, ingenieros, etc. que serán objeto de protección especial en el marco de la normativa laboral especial relativa a la pandemia. Esta equiparación, da un paso decisivo para su protección dependiente como por ejemplo frente la posibilidad del contagio o frente al acaecimiento de un accidente de trabajo. Es de remarcar que el DNU 367/2020 tiene al coronavirus, prácticamente como enfermedad profesional en caso del personal de sanidad y quién más expuesto que los médicos aun monotributistas.

Por lo que se advierte, la preservación de la salud y la vida y garantizar actividades y servicios esenciales, no distinguiría condiciones jurídicas si se presta servicios dependientes. Son todos seres humanos que trabajan y merecen protección. Esto viene a poner en cuestión la exclusión de la dependencia de médicos que figuran como “monotributistas” y recibieron fallos desfavorables de la Corte Suprema como los casos Cairone, Mirta Griselda c/ Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires – Hospital Italiano s/ despido” (CSJN 19/02/2015) y “Rica, Carlos c/ Hospital Alemán y otros s/ despido” (CSJN 24/4/2018). ¡Qué tamaña e interesante consecuencia!

V. ¿Es constitucional la Res. 279/2020?

Como se aprecia fácilmente, la Res. 279/2020 incursiona en introducir cuasi modificaciones la LCT y en instituciones nucleares de la relación de trabajo que pueden derivar, entre otras consecuencias, en un despido del trabajador que, a juicio del empleador, no se ajustó a las habilitaciones legales analizadas. Inversamen-

te, que se denuncie el contrato de trabajo. En tales conflictos, se discutirá sobre las facultades del MTESS para dictar reglamentaciones de la LCT. Se lo hizo sobre la base de la Ley 27541 de emergencia pública sanitaria y bajo “las excepcionales circunstancias de emergencia y de aislamiento social”, la Ley de Ministerios 22.520 y el art. 11 del DNU 297/2020³. Si bien aparece una impecable factura fáctica y jurídica para la legitimidad y legalidad de la norma, los tratados sobre Derechos Humanos Laborales y la LCT dan un marco adecuado para la aplicación de estas disposiciones.

3 Art. 11. “Los titulares de las jurisdicciones y organismos comprendidos en el artículo 8, incisos a), b) y c) de la Ley 24.156, en el ejercicio de sus respectivas competencias, dictarán las normas reglamentarias que estimen necesarias para hacer cumplir el presente decreto”.

LA HUELGA POR RAZONES DE SALUD DE LOS TRABAJADORES. PARO NACIONAL SANITARIO

por David DUARTE

RC D 1535/2020

Analiza el autor la situación experimentada al inicio de la declaración de emergencia sanitaria y la legitimidad del paro nacional sanitario decidido por el gremio que nuclea a los trabajadores de la justicia nacional a los fines de preservar la salud del personal que todavía se encontraba prestando tareas expuesto al contagio del COVID-19.

I. Introducción

El estado de conmoción mundial que ha generado el COVID-19 ha alterado todo lo medianamente previsible. Nos encontramos en una situación excepcional tan extrema que afecta a cualquier persona y situación, que va más allá de lo que las partes pueden estipular en sus contratos. Tan agravante resulta que excede inclusive las invocaciones que erróneamente sostienen algunos como fuerza mayor prevista en la Ley de Contrato de Trabajo (LCT) siempre pensada en situaciones que afectan al empleador solamente y no como la que nos convoca en la que los afectados son todos, empleadores, proveedores, clientes y los trabajadores y que por medidas sanitarias el Estado impone un aislamiento tal generalizado que afecta a todas las actividades y excede todo lo que resulta regulado en las relaciones particulares. Por eso, es acertado y bienvenido el Decreto 329 de 2020, publicado en el suplemento del Boletín Oficial del 31 de marzo de 2020, por el que se prohibieron los despidos y las suspensiones por fuerza mayor, ya que la situación de emergencia provisoria provocada por la pandemia excede los supuestos previstos de la LCT. Sin perjuicio de que son regulaciones en exceso como la dispuesta en el art. 2 del Código Civil y Comercial que impone a los jueces tener en cuenta la Constitución y los tratados de derechos humanos, sería innecesaria una norma así si no fuese que existen personas que no acatan esas normas y lo que es peor aún, jueces que no lo aplican.

Las normas dictadas como consecuencia de la pandemia fueron en Argentina, entre otras, el DNU 260/2020 del día 12 de marzo del 2020, por el cual se amplió la emergencia sanitaria establecida por Ley 27.541, en virtud de la pandemia declarada por la Organización Mundial de la salud (OMS) y en relación con el coronavirus COVID-19, por el plazo de un (1) año a partir de la entrada en vigencia del decreto (art. 1) y el DNU 297/2020, prorrogado por el DNU 327/2020.

Por esa circunstancia excepcional, la norma ordenó el aislamiento obligatorio de manera temporal, con apercibimientos de sanciones penales para quienes incumplan la medida.

En ese contexto se declaró el “paro nacional sanitario”, así fue como denominó la medida de fuerza el sindicato “Unión de Empleados de la Justicia de la Nación”

(UEJN). Una huelga dispuesta en amparo de los trabajadores judiciales frente a la emergencia sanitaria que había sido decretada por el Gobierno Nacional en el marco de la Pandemia provocada por el COVID-19 y ante la inacción de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN). Aclaremos que en algunos países cuando se habla de huelga sanitaria se refiere a las medidas de fuerza llevadas a cabo por trabajadores de la salud. En este caso analizaremos la huelga decretada por los trabajadores por razones de preservación de la salud.

II. Paro Nacional sanitario

En ese marco de conmoción y de acciones preventivas de aislamiento obligatorio, la CSJN, se demoró en tomar una decisión respecto a los trabajadores judiciales, frente a la acuciante situación donde las cifras alarmantes de muertos que llegaban del primer mundo y asustaban a la población argentina, hasta que finalmente se pronunció, pero mientras tanto la hesitación generó zozobra entre las personas. Frente a ello, la UEJN realizó reiterados pedidos de una feria extraordinaria en la emergencia a fin de proteger a las personas que trabajan en la justicia Nacional.

El gremio reclamaba la suspensión de las audiencias, restricción de circulación, licenciamiento del personal y guardias mínimas. A cambio proponía la instrumentación del teletrabajo, videoconferencias o medios a distancia a fin de no exponer al personal. En ese contexto ya varias provincias sus poderes judiciales habían declarado la suspensión de tareas. El Colegio Público de Abogados de la Capital Federal también había realizado un pedido expreso al respecto. A ello se sumó la Junta de Presidentes de Cámaras Federales de todo el país. Medida que había sido resueltas por algunas cámaras, diversos juzgados defensorías y fiscalías. En ese marco, al no haber un decisión del Alto Tribunal y producir mucha angustia entre los trabajadores judiciales preocupados por el nivel de exposición al riesgo de su salud y la de sus familias, porque al no haber una decisión de quien es la cabeza de poder judicial, cada titular de repartición decidía quiénes, cuántos, cómo y cuándo trabajar, provocando una dispar y seria incertidumbre.

Así fue que el día 16 de marzo de 2020 decidió la huelga porque el Alto Tribunal desoyó los reclamos del gremio de judiciales y entonces declaró “paro nacional sanitario”, a partir del día siguiente. En ese contexto, no fue el único gremio, hubieron otras entidades sindicales que estuvieron en conflicto y la mayoría de ellas planteaban precisamente el cese de actividad ante el grado de peligrosidad en la exposición, cuando ya era sabido que la mejor protección para evitar el contagio, ante el COVID-19, es el aislamiento, muchos trabajadores puede que no se expongan en su trabajo, pero sí puede exponerse en el trayecto. Sabiendo que en Buenos Aires el volumen de trabajadores y las distancias que se desplazan a diario en los transportes público son excesivos. También existieron conflictos de distinta índole, como por ejemplo despidos o que el empleador decidiera que su actividad es esencial cuando los trabajadores consideren que no lo son y obligue a la concurrencia

al trabajo¹. Por ese motivo que genera el interrogante de si es legítimo declarar una huelga en el contexto del aislamiento obligatorio provocado por la pandemia.

III. Legitimidad de los gremios y finalidad de la huelga

La libertad sindical visualiza la existencia de dos dimensiones inseparables: individual y social²: *“quienes están bajo la protección de la Convención (América DH) tienen no sólo el derecho y la libertad de asociarse libremente con otras personas, sin intervención de las autoridades públicas que limiten o entorpezcan el ejercicio del respectivo derecho, lo que representa, por lo tanto, un derecho de cada individuo”, sino que, “además, gozan del derecho y la libertad de buscar la realización común de un fin lícito, sin presiones o intromisiones que puedan alterar o desnaturalizar su finalidad”*³. En tal medida, la libertad de asociación en “materia laboral”, así como en su dimensión individual *“no se agota con el reconocimiento teórico del derecho a formar sindicatos, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para ejercer esa libertad”*, en su dimensión social resulta *“un medio que permite a los integrantes de un grupo o colectividad laboral alcanzar determinados fines en conjunto y beneficiarse de los mismos”*⁴. Esta libertad radica “básicamente”, en la facultad tanto de constituir organizaciones sindicales, cuanto de *“poner en marcha su estructura interna, actividades y programa de acción, sin intervención de las autoridades públicas que limite o entorpezca el ejercicio del respectivo derecho”*⁵.

En todo caso, son dos dimensiones que “deben ser garantizadas simultáneamente”, puesto que *“la libertad para asociarse y la persecución de ciertos fines colectivos son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de asociarse representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de la colectividad de alcanzar los fines que se proponga”*⁶.

1 Juzgado Federal de San Juan, 25/03/2020, “P. S.R.L. vs. Unión Obreros y Empleados Plásticos, Delegación San Juan s. Acción mere declarativa de derecho”, www.rubinzalonline.com.ar, RC J 1272/2020

2 CSJN sentencia del 11/11/2008, in re “Asociación Trabajadores del Estado c/ Estado Nacional, ver nuestro comentario en : Duarte, David “El modelo sindical argentino: “Modelo para armar”” Abeledo Perrot, Citar Lexis N° 0003/014162. Jurisprudencia Anotada 18-12-2008 D-3er-dic. 8. El fallo Señala que los instrumentos internacionales precisados en el considerando 3° del fallo, sobre todo los dos Pactos de 1966, y muy especialmente el que regula los Derechos Económicos, Sociales y Culturales llegan a idéntica conclusiones. Otro tanto se sigue del Convenio N° 87 y de la redacción del art. 14 bis de la CN (Considerando 6°)

3 Corte Interamericana de Derechos Humanos, los términos del art. 16.1 de la Convención Americana establecen “literalmente” -Caso Huilca Tecse vs. Perú, cit., párr. 69 y su cita- (Considerando 6°, in re “ATE”, citado).

4 Ídem, párrs. 70/71 (Considerando 6°, in re “ATE”, citado)

5 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 2-2-2001, Serie C No. 72, párr. 156 (Considerando 6°, in re “ATE”, citado).

6 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Huilca Tecse vs. Perú, cit., párrs. 70 y 72, (Considerando 6°, in re “ATE”, citado).

La Constitución garantiza a los ‘*gremios*’: “*concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga*” (art. 14 bis, Constitución Nacional). De la literalidad del texto constitucional surge que el derecho de “huelga” no aparece como un derecho de los trabajadores sino que el reconocimiento es a los “gremios”, entendido esto como grupo de trabajadores identificados y agrupados por un interés profesional común, dato cuantitativo y cualitativo; pero no lo es solamente a los “sindicatos” como el reconocido legalmente, en todo caso los primeros comprenden a los segundos como una relación de género y especie. Sin embargo, cabe hacer dos aclaraciones sobre los términos destacados a fin de reconocer que por un lado su formulación terminológica es un condicionante y, por el otro, generan interpretaciones dispares que redundan en características restrictivas y en algunos otros aspectos permisivas. En cualquier hipótesis no debemos perder de vista la titularidad del derecho de huelga como aquel de carácter individual de ejercicio colectivo.

La doctrina y jurisprudencia argentina han entendido que esta identificación del texto constitucional a los “gremios” no es un derecho del trabajador (individual), sino del grupo o categoría profesional u oficio. A pesar del fallo “Orellano”⁷ que como otros precedentes anti obreros de la Corte actual deberá ser emendado volviendo a su cauce normal, pero por ahora ese Máximo Tribunal solamente reconoció titularidad al derecho de huelga a los Sindicatos simplemente inscriptos y a los que tienen personería gremial, aunque dicho pronunciamiento solo sirva para ese expediente, ya que no tiene facultades casatorias para obligar al resto de los jueces del país para la resolución de casos concreto.

IV. La legitimidad del paro sanitario

Conforme la Ley de Contrato de Trabajo impone un deber de seguridad al empleador a fin de tutelar la integridad psicofísica y la dignidad de los trabajadores, debiendo evitar los efectos perniciosos a la salud de los trabajadores. En tal caso el trabajador puede rehusar la prestación de trabajo, sin que ello le ocasione pérdida o disminución de la remuneración, si el mismo le fuera exigido en transgresión a tales condiciones, siempre que exista peligro inminente de daño o se hubiera configurado el incumplimiento de la obligación, mediante constitución en mora, o si habiendo el organismo competente declarado la insalubridad del lugar, el empleador no realizara los trabajos o proporcionara los elementos que dicha autoridad establezca (art. 75 modificado por Ley 27.323).

Además, las personas tienen el deber de evitar causar un daño y cuentan con una acción preventiva (arts. 1710 y 1711 del CCC) cuando resulta previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento y no es exigible la concurrencia

7 CSJN in re: “Orellano, Francisco Daniel vs. Correo Oficial de la República Argentina S.A.” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; 07-jun-2016; RC J 3018/16. Ver Comentario Duarte, David “La titularidad del derecho de huelga no resuelve el conflicto” Revista de Derecho Laboral Actualidad (1/08/2016 one line) Cita: RC D 472/2016.

de ningún factor de atribución. El nuevo Código Civil y Comercial reconoce no solamente derechos individuales sino también aquellos de incidencia colectiva (art. 14 del CCC) y de acuerdo al art. 1712 del CCC estarán legitimados para reclamar “*quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño*”. Es decir, quienes hayan sufrido o puedan sufrir un daño y los indirectos que acrediten aun sumariamente su interés, pueden ser individuales y colectivos. Es por ello que tendrán capacidad para accionar judicialmente la entidad sindical que representen a los trabajadores.

Así también defender esos derechos mediante medidas de acción directa. Son muchas la luchas que libraron los trabajadores en mejoras de condiciones laborales a lo largo de la historia del movimiento obrero. Por esa razón, la libertad sindical no se agota en la organización de entidades sindicales sino que abarca también la acción sindical en defensa de los intereses de las personas que trabajan como lo consagra la Constitución Nacional al garantizarles condiciones dignas y equitativa de labor y un deber genérico de indemnidad por el cual no pueden verse perjudicadas (arts. 14 bis y 19 de la Constitución Nacional). Es así que la ley sindical reconoce como interés de los trabajadores todo cuanto se relacione con sus condiciones de vida y de trabajo. En esa inteligencia la regulación gremial afirma que la acción sindical contribuirá a remover los obstáculos que dificulten la realización plena del trabajador (arts. 1, 2 y 3 de la Ley 23.551). Tanto los trabajadores que tienen el derecho de peticionar las entidades sindicales se les reconoce el derecho a formular un programa de acción, la huelga y el de adoptar demás medidas legítimas de acción sindical (arts. 4 y 5 de la misma ley). Derechos todos estos que al verse obstaculizados se podrá recabar el amparo para el cese inmediato del comportamiento antisindical (art. 47 del mismo cuerpo legal).

En el ejercicio de la huelga los gremios deben defender los intereses profesionales y económicos y ello abarca no sólo la obtención de mejores condiciones de trabajo o las reivindicaciones colectivas de orden profesional, sino que engloban también la búsqueda de soluciones a las cuestiones de política económica y social y a los problemas que se plantean en la empresa y que interesan directamente a los trabajadores⁸. La única limitación es que la interrupción de los servicios pudieran poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de las personas en toda o en parte de la población (Recopilación, párrafo 526).

En la emergencia decretada como consecuencia del COVID-19 podría eventualmente plantearse una serie de inconvenientes de exposición a riesgos de salud. No podemos olvidar la gravedad y extensión del conflicto colectivo que se desató en la planta de Kraft Foods, que explotaba la marca comercial “Terrabusi”, cuando se desató la epidemia de la gripe A, en el año 2009, precisamente porque la empresa no respetaba las condiciones mínimas de salubridad que recomendaba el Estado a través de los medios masivos de comunicación.

8 OIT, “La libertad Sindical” Recopilación del Comité de Libertad Sindical, Cuarta Edición Revisada, 1996, párrafo 479, pág. 112.

La emergencia en salubridad actual se muestra superior y la medida decretada en ejemplo que mencionamos de los trabajadores judiciales, podría repetirse en otros sectores, sea porque el empleador no cumple con las pautas de bioseguridad exigidas para evitar los contagios o porque haya confusión en el encuadre de la actividad, si ésta se encuentra o no encuadrada en las excepciones del aislamiento obligatorio previsto por los DNU 260 y 297 del 2020 y sus respectivas normas concordantes. Podrían plantear los trabajadores que no aceptan trabajar en condiciones que no respeten las mínimas de higiene y limpieza del establecimiento, las formas de aislamiento entre las personas como así también la provisión de materiales adecuados como mascarillas, antiparras, guantes o disponibilidad de instrumentos adecuados de aseo personal, todo ello podría eventualmente provocar un planteo de los trabajadores y ante la reticencia o negativa del empleador conducir a la medida de fuerza.

Es por ello que la entidad sindical se encuentra perfectamente legitimada para recurrir a la acción sindical y entre otras medidas decretar la huelga en defensa de los intereses de los trabajadores.

V. Conclusión

En el marco de la emergencia el estado asume un rol activo y la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación ha recordado desde siempre que no se suspenden los derechos y garantías constitucionales y en todo caso estos deben ser interpretados en armonía. Razón por la cual se encuentra en plena vigencia el derecho de huelga de los trabajadores en tiempos de emergencia y siempre que no resulte un obstáculo a los objetivos de interés general que se proponen las normas de aislamiento obligatorio y provisorio, por el contrario se refuerza la idea si la medida de fuerza es precisamente para preservar la salud de los trabajadores en la crisis.

Como señala Antonio Baylos⁹ “No hay servicios ni actividades que sean esenciales por sí y de manera “sustancial” o “permanente” a efectos de huelga, sino que éstos se modulan y se definen en función de las circunstancias concretas en las que se despliega la convocatoria de huelga, circunstancias que son determinantes del juicio de ponderación de la medida de imposición de un servicio mínimo”. Y continúa el catedrático español “Pero en todo caso se preservaría la titularidad y el ejercicio del derecho de huelga durante el tiempo de vigencia del estado de alarma”.

Sin dudas que el Sindicato sigue siendo el último bastión de resistencia de la clase trabajadora, desde donde el ser humano que trabaja puede realizar sus derechos y posibilita, además, canalizar la expresión libre de las ideas, sin verse amenazado su empleo, ni amedrentado por su patrón y por sobre todas las cosas el cuidado de su integridad psicofísica. Por eso aún en la emergencia debe preservarse la defensa colectiva de las condiciones de vida y de trabajo de las personas que trabajan manteniéndose plenamente el ejercicio del derecho de huelga.

9 Baylos, Antonio, ¿Se puede convocar una huelga durante el estado de alarma? <https://www.nuevatribuna.es/articulo/actualidad/trabajo-laboral-coronavirus-huelga-estadode-alarma/20200326165602172689.html>

LA PANDEMIA SOCIAL Y SUS CONSECUENCIAS

Por Jorge ELÍAS¹

RC D 1561/2020

Más temprano que tarde nos libraremos del virus. Propongo empezar a pensar en lo que quedará después de la cuarentena. Cuáles serán los daños a los trabajadores y al empleo, y si podemos esperar algo bueno de todo esto.

“El Derecho del Trabajo es un consuetudinario compañero de viaje de las crisis, pero esta vez, casi todo está alterado....”²

“A la manera de aquella crónica de John REED, Diez días que sacudieron al mundo, la vida cotidiana se va transformando aceleradamente desde la aparición del Coronavirus y lo que era ayer ya no lo es hoy ni lo será mañana.

“Y nadie puede aún pronosticar cómo ni cuándo será después.”³

I. El virus quizás no sea lo peor

Aprovechando la ventaja que me da el ponerme a redactar esta colaboración cuando ya han sido publicados otros trabajos sobre el tema, destaco las valiosas e inspiradoras frases que a modo de epígrafe encabezan esta nota, que me permito citar con la presunta aprobación de sus autores.

Justamente, a partir de estas frases, he decidido encarar la cuestión de cómo quedará afectado el mundo del trabajo, particularmente en nuestro país a partir, no tanto por los efectos de la enfermedad, sino de lo que me permito llamar “pandemia social” esto es las consecuencias de las inéditas “cuarentenas” que se han impuesto como respuesta estatal para evitar la proliferación de contagios, hasta ahora con un resultado, aparentemente como exitoso.

Hay un consenso generalizado –casi diría unánime- en que el virus será derrotado. Pese a que no se recuerda un país, un mundo entero en cuarentena tan prolongada, nadie piensa en un apocalipsis ni en el fin del mundo. Compartiendo ese

1 Abogado laboralista en ejercicio de la profesión. Miembro del Grupo de Expertos en Relaciones Laborales creado por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, 2005/2007. Asesor de asociaciones sindicales. Presidente de la Filial Rosario de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social.

2 Ver Arese, César, “Impactos laborales de la emergencia sanitaria y el aislamiento obligatorio del DNU 297”, publicado en el Dossier 1 del Suplemento Digital de la Revista de Derecho Laboral Actualidad “El impacto del coronavirus en las relaciones laborales”, www.rubinzaonline.com.ar, RC D 1436/2020.

3 Ver Ackerman, Mario E., “El COVID-19 (coronavirus) y la relación de trabajo”, publicado en el Dossier 1 del Suplemento Digital de la Revista de Derecho Laboral Actualidad “El impacto del coronavirus en las relaciones laborales”, www.rubinzaonline.com.ar, RC D 1455/2020.

optimismo, me permito entonces hacer algunas reflexiones acerca del impacto que todo esto habrá de tener en el sistema de relaciones laborales, y en el derecho del trabajo, ese *consuetudinario compañero de viaje de la crisis*, aunque *nadie pueda pronosticar como ni cuando será después*, como dicen los amigos que he citado más arriba.

II. Vulnerabilidad y sujetos en riesgo

En primer término me parece oportuno destacar que la crisis del virus se instala en el marco de un sistema de relaciones laborales donde la tutela del trabajador, es, pese a lo dispuesto en la ley, sumamente deficitaria.

Hay en nuestro país más de un tercio de trabajadores no reconocidos en su calidad de dependientes, tanto por no estar registrados como por un encuadre fraudulento de su vínculo bajo la modalidad de la locación de servicios, pasantías, becas y otras yerbas. Otros muchos están registrados de modo insuficiente (especialmente en lo relativo a la remuneración). Por último, buena parte de nuestros asalariados se desempeña en empresas que bajo formas jurídicas diversas buscan blindarse de reclamos laborales y de la seguridad social: sociedades ficticias o infracapitalizadas, *hombres* (o mujeres como no) *de paja* que ocultan y protegen al real empleador.

Nada de esto es nuevo, es un fenómeno crónico, endémico –valga la metáfora sanitaria en estos días- aceptado, tolerado y hasta justificado por buena parte de la sociedad.

Así como las personas que padecen enfermedades crónicas o los muy debilitados son más vulnerables a los efectos mortales del covid-19, nuestro sistema de relaciones laborales, afectado por estas patologías crónicas a las que nos hemos referido, también es particularmente vulnerable a los efectos de la parálisis que impone el aislamiento. El virus mata a las personas vulnerables, la crisis económica provocada por la cuarentena mata a los empleos precarios. Y contra eso, por ahora, no hay tratamiento eficaz.

Se perderán millones de puestos de trabajo en todo el mundo y se espera una brutal recesión. Es de prever una cadena de bancarrotas, y lógicamente un aumento de la pobreza y la marginalidad, y también de la conflictividad social. Aunque no habrá estadísticas tan rigurosas como las que anotan día tras día los muertos por el virus en todo el mundo, este empeoramiento de las condiciones de vida y de convivencia tendrá también su carga letal.

El desempleo, que seguramente habrá de aumentar, posiblemente de modo muy significativo, no sólo tendrá consecuencias para los afectados directos, condicionará la capacidad de reclamo y reacción de los que todavía tienen trabajo. Ya hemos visto en otras crisis, en este mismo país, el efecto devastador del desempleo sobre la calidad de los puestos de trabajo y la incapacidad de los trabajadores para hacer valer sus derechos. Bien se ha dicho que la desocupación es un poderoso factor

de disciplinamiento social. En un contexto de alta desocupación, los empleadores pueden sacar provecho incumpliendo con sus obligaciones legales o imponiendo acuerdos peyorativos a sus dependientes.

III. Nuevas temporadas de un clásico

En estos días en que muchos se refugian en las tan populares series de Netflix y otras plataformas (por cierto con materiales de muy buena calidad), nos parece oportuna una metáfora relacionada con ese medio de entretenimiento.

Se inaugura una nueva temporada en la zaga que tiene a la crisis económica y al derecho del trabajo como protagonistas. Sólo que los capítulos de esta nueva temporada tendrán elementos hasta ahora desconocidos. Por una parte, la situación tiene una dimensión planetaria en un mundo muy interconectado que ahora parece necesitar aislarse. Los vaticinios de expertos, gobiernos y organismos internacionales ya prevén una crisis comparable –y para algunos peor– que la de 1929, o con los efectos de las guerras mundiales.

En otras temporadas de esta serie hemos visto como los estados recurrían a las clásicas recetas ortodoxas: equilibrio fiscal, apertura de las economías nacionales, y en lo que específicamente nos interesa, desregulación del mercado de trabajo para “favorecer” la creación de empleos –así sea de muy baja calidad– con el pretexto de favorecer la recuperación económica.

Sin embargo, para sorpresa del público de esa zaga, habituado a cierta monótona reiteración de los capítulos que ya conocemos, ahora el libreto anuncia situaciones distintas y más emocionantes.

Se advierte en todas partes, y en especial en nuestro país, una política fiscal de subsidios y reducción de contribuciones que hasta hace poco era impensable.

Pero además, la legislación va en un sentido muy distinto de las anteriores entregas de la serie, tal el caso de lo dispuesto en los considerandos del DNU 329/2020 al que me referiré más adelante. Comparto la atinada reflexión de Machado en cuanto al saludable retorno a “*un enriquecimiento de la argumentación jurídica*” que detecta en las referencias que se hacen en los considerandos del decreto al PI-DESC, al diálogo de fuentes con el CCC y naturalmente a lo que el llama con nostalgia, la *melodía* (yo diría, una divisa, un ideal colectivo asumido como norma) del *trabajador como sujeto de preferente tutela*”.⁴

Estos considerandos del decreto seguramente tendrán un valor orientador, no sólo de las acciones estatales, sino también en el discurso que habrá de alimentar nuestra argumentación jurídica, con previsibles proyecciones en los pronuncia-

4 Ver Machado, José D., “Apuntes para un borrador sobre las primeras impresiones acerca del DNU 329/2020”, publicado en el Dossier 2 del Suplemento Digital de la Revista de Derecho Laboral Actualidad “El impacto del coronavirus en las relaciones laborales”, www.rubinzalonline.com.ar, RC D 1506/2020.

mientos judiciales, y hasta me atrevería a decir (o a desear), influyendo en las ideas y concepciones de la sociedad.

IV. A grandes males, grandes remedios

Así como el “*new deal*” roostveltiano fue una respuesta superadora a la crisis capitalista en Estados Unidos, la magnitud de los problemas que deberemos afrontar impone la revisión de ciertas concepciones jurídicas.

El mejor ejemplo es la declaración de nulidad de todo despido dispuesto durante la vigencia de la excepcionalidad, una suerte de estabilidad propia que nuestro orden jurídico no admite sino para determinados supuestos (representantes sindicales, despidos discriminatorios) dispuesto por el DNU 329 del 31/03/2020. Un avance cualitativo al ya utilizado (y eficaz) mecanismo de duplicar las indemnizaciones en caso de despido en tiempos de emergencia (Ley 25.561 y DNU 34/2019). Esta trascendente novedad jurídica bien podría estimular una revisión del ya controvertido sistema de despido libre con pago de indemnización que, pese a la opinión de la mejor doctrina que lo califica como un acto ilícito, es hoy día, en los hechos, el mecanismo de protección contra la pérdida del empleo.

Otra cuestión que tal vez se pondrá en debate es el concepto de subordinación. La Resolución MTESS 279/2020 incluye en el concepto de trabajadores a “*quienes presten servicios de forma continua bajo figuras no dependientes como las locaciones de servicio*”, tanto en el sector público como privado, becas, pasantías, residencias médicas y, (*last but not least*), los casos de *trabajadores que se desempeñan para múltiples receptores de servicios*.

La norma establece la condición de trabajador del sujeto a partir de su prestación continua de servicios, sin imponer otras exigencias ni condiciones (“*ubi lex no distinguit...*”) que podría enterrar definitivamente la interpretación restrictiva del art. 23, LCT. Pero además, atribuye la condición de trabajador también al que “*se desempeña para múltiples receptores de servicios*”, eliminando la exclusividad como factor determinante o típico de una relación laboral, que a menudo es utilizado como argumento para desechar la configuración de un contrato de trabajo.

De resultas de esta emergencia, estos sujetos ingresan (tal vez por la puerta de servicio) en su reconocimiento como trabajadores.

La urgencia de las normas y la exigencia de una tutela perentoria ponen en evidencia la ineficacia de los procesos judiciales tal como hoy los concebimos, dejando de lado incluso la crónica lentitud de nuestros procesos. Como bien lo señala Machado⁵, la única forma de hacer efectiva la protección para estos trabajadores despedidos en violación de lo dispuesto en el DNU 329/2020 sólo puede ser la acción de amparo del art. 43 de la Constitución Nacional, con una cautelar urgente, sin la condición de una previa sustanciación que algunos ordenamientos procesa-

5 Ver Machado, José D. op. cit.

les (entre ellos el de Santa Fe), imponen con ánimo obstruccionista. Se podría así vencer cierta reticencia de algunos magistrados a despachar medidas cautelares innovativas en el marco de situaciones que se suscitan en el contrato de trabajo y requieren urgente respuesta. La excepcionalidad podría abrir caminos hacia una tutela judicial efectiva, propiciando el abandono del criterio jurisdiccional –equivocado a mi juicio– que rechaza las medidas cautelares porque su objeto se confunde con el de la pretensión principal.

V. El dolor, el daño y la esperanza que nos trae la guerra

Se repite en estos días, con unánime y genuino fervor que estamos en guerra contra un virus al que habremos de derrotar con muchas menos bajas que otras pandemias que antes afectaron al mundo y a la Argentina.

Pero para vencer en una guerra se recurre a métodos que traen gran sufrimiento. Se bombardean ciudades, se destruyen vías de comunicación, las fábricas dejan de producir y los campos dejan de ofrecernos sus frutos.

Aquí, también quedarán daños. Crisis financiera, empresas cerradas, desocupación, privación de servicios y bienes esenciales para los más vulnerables.

Así como la segunda guerra mundial dio lugar a un orden social más justo que duró casi medio siglo, también impulsó numerosos adelantos tecnológicos que luego se incorporaron a la vida cotidiana, entre ellos el motor a reacción, el caucho sintético, la energía nuclear y las computadoras.

En una escala más acotada, y no sin cierta cuota de ilusión, podríamos pensar que estos desafíos inéditos podrían traer también (al igual en las grandes crisis o en las grandes guerras) novedades jurídicas que podrían establecer un sistema de relaciones laborales más justo y más protectorio.

LA BUENA FE CONTRACTUAL EN TIEMPOS DE PANDEMIA POR EL COVID-19 (CORONAVIRUS)

por Carlos Alberto LIVELLARA¹

RC D 1557/2020

Durante la emergencia sanitaria derivada de la pandemia del COVID-19, hay actividades y servicios considerados esenciales, cuya actividad operativa se permite. Las pautas derivadas del principio de la buena fe contractual servirán para evaluar las conductas de empleadores y trabajadores en tales circunstancias de excepción.

I. Introducción

A partir del día 19 de marzo del corriente año, que el gobierno nacional decretó el aislamiento social preventivo y obligatorio a través del DNU 297/2020 por la pandemia del COVID-19 (Coronavirus) y que se determinaron las actividades y servicios declarados esenciales en la emergencia, cuya continuidad operativa se autorizó, se inició una etapa inédita en nuestro derecho, y en especial, en el derecho del trabajo, donde las normas dictadas para regular la emergencia ,deberán “convivir” con el ordenamiento jurídico anterior, en la medida que sean compatibles o no hayan sido suspendidas por las normas de excepción (tal el caso del DNU 329/2020 que dispone la prohibición del despido inmotivado (o injustificado o sin causa o arbitrario) y de los despidos y suspensiones con invocación de la fuerza mayor o falta o disminución de trabajo (arts. 247 y 221, LCT) por el plazo de 60 días desde la publicación en el Boletín Oficial (31/03/2020).

A su vez, la propia emergencia por la pandemia, llevará a buscar el difícil equilibrio de asegurar que la normal prestación del servicio por los trabajadores, no los ponga en el riesgo de contraer la enfermedad que afecta al mundo por igual.

Frente a ello, surgen muchos interrogantes sobre la conducta exigible al empleador y al trabajador, por lo que hemos considerado que el principio de la buena fe contractual es el gran instrumento que el ordenamiento actual nos ofrece, para orientar tal actuar y verificar en concreto si las conducta de empleadores y trabajadores se ha ajustado a tales parámetros.

II. Las pautas que derivan de la buena fe contractual

La LCT establece reglas generales sobre la actuación a que se deben sujetar las partes, en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus obligaciones, que nos serán de gran utilidad para aplicar frente a las nuevas situaciones que se

¹ Profesor emérito de la Universidad Nacional de Cuyo y Director de la Maestría en Derecho del Trabajo de la misma Universidad.

presentan durante la emergencia derivada de la pandemia por el COVID-19 (Coronavirus). Por de pronto, ambas están obligadas, no sólo a lo que surge de los términos expresos del contrato, sino a “todos aquellos comportamientos” que sean consecuencia de él, de los estatutos profesionales o convenciones colectivas, “apreciados con criterios de colaboración y solidaridad” (art. 62, LCT). Pero, además están obligadas a *obrar de buena fe*, “ajustando su conducta a lo que es propio de un buen empleador y de un buen trabajador, tanto al celebrar, ejecutar o extinguir el contrato o la relación de trabajo”, art. 63, LCT).

Por ello, en primer lugar, corresponde afirmar que también durante la actual emergencia la relación laboral debe desarrollarse de acuerdo con las pautas que surgen de aplicar el principio de la buena fe contractual. En la actualidad, la buena fe no es una simple norma de la cual derivan diversas obligaciones, sino que asume el carácter de un principio jurídico fundamental, que informa la totalidad del ordenamiento jurídico, y aflora expresamente en múltiples y diferentes normas, aunque no siempre se le mencione en forma expresa². Siguiendo esta tendencia, el art. 9 del Código Civil y Comercial recepta como principio general del derecho, aplicable a todo el ordenamiento jurídico nacional, el “Principio de buena fe”, estableciendo expresamente que “Los derechos deben ser ejercidos de buena fe”.

La Ley de Contrato de Trabajo incorpora explícitamente el principio de la buena fe contractual, como *principio rector de la actuación de ambas partes*. Tanto el empleador como el trabajador deben ajustar su conducta a esa regla general, al celebrar, ejecutar o extinguir el contrato o la relación de trabajo (art. 63, LCT)³. Además, el Código Civil y Comercial determina en el art. 961, relativo a la buena fe contractual, que “*Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obligan no sólo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor.*”

En definitiva la buena fe contractual se presenta como una actitud interior, de ambas partes, trabajador y empleador, de valor espiritual, que se traduce en un determinado comportamiento: la honestidad, honradez, veracidad y lealtad en la vinculación laboral. Ello lleva implícita la plena conciencia de no engañar, ni perjudicar, ni dañar, así como también la buena disposición tendiente a que las obligaciones contractuales se cumplan normalmente. Por ello se acude a lo que interpreta la generalidad de la comunidad como las conductas normales, usuales (no fuera de lo común o extraordinarias), la diligencia de “un buen empleador” o de “un buen trabajador” (art. 63, LCT). De tal modo, vemos que la ley de contrato de trabajo, en la formulación relativa al principio de la buena fe contractual, ha adoptado un estándar jurídico, o sea fórmulas de carácter general, que *nos permiten orientar*

2 Borga, Ernesto Eduardo, voz “Buena Fe”, en Enciclopedia Jurídica Omeba, t. II, p. 404.

3 En sentido coincidente, el Estatuto de los Trabajadores de España, que rige desde el 15/03/1980, preceptúa que: “en cualquier caso, el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe” (art. 20, ap. 2º, parte última).

las conductas de las partes durante la emergencia actual, y en lo supuestos que algunos conflictos lleguen a la instancia judicial, los jueces harán aplicación de las mismas según las circunstancias de cada caso, y con suficientemente flexibilidad interpretativa, atento a la emergencia sanitaria vivida.

III. Algunas proyecciones de la buena fe contractual a la realidad actual

En primer lugar por parte del *empleador*, su deber de buena fe contractual se proyecta en el estricto y diligente cumplimiento de su deber de seguridad, *adoptando durante la emergencia sanitaria actual, las medidas necesarias para evitar la propagación del coronavirus y el contagio con motivo del trabajo*, y de ese modo evitar daños a la persona y dignidad del trabajador, debiendo observar especialmente las disposiciones vigentes en materia de medicina, higiene y seguridad en el trabajo (art. 75, LCT y su correlación con las Leyes 19.587 y 24.557 y el Decreto 351/1979 y las Res. de la SRT, en especial Res. 21 del 16/03/2020 y Res. 29 del 21/03/2020, y cumplimentar las medidas que surgen del Documento “SARS-Cor-2 “*Recomendaciones y medidas de prevención en ámbitos laborales*” s/anexo II de la Res 29). Al efecto, los empleadores deberán confeccionar, implementar y dar estricto cumplimiento a un Protocolo de Higiene y Salud en el trabajo, adecuado a las tareas y actividades que se realicen en cada uno de sus establecimientos, para evitar contingencias en el ámbito laboral y la propagación de la enfermedad. Luego deberán instruir debidamente a su personal sobre las medidas a seguir y adoptar los mecanismos de contralor, para su adecuado cumplimiento.

Si el empleador no cumple con las medidas de prevención a su cargo o no suministra los elementos de protección adecuados (barbijos, guantes, equipos, etc.) el trabajador podrá acudir a la retención de las tareas, sin pérdida del salario (suspensión indirecta individual, art 75 LCT, arts.1031 y 1032, Código Civil y Comercial); como así acudir a la acción preventiva y reclamar su cumplimiento judicial (art.1031, Código Civil y Comercial) o si la gravedad de la situación con riesgo para su salud, no consiente la prosecución de la relación darse por despedido con derecho a la doble indemnización dispuesta por el DNU 34/2019 (B.O.13/12/2019) por 180 días.

En cuanto al *trabajador*, el deber de buena fe contractual, también se proyecta durante la emergencia sanitaria, frente a las nuevas obligaciones y responsabilidades que surgen de las diversas normas dictadas por las autoridades públicas y las regulaciones o protocolos que implemente el empleador con las medidas de prevención propias de cada establecimiento de acuerdo a las particularidades de la actividad. Sin pretender agotar, las múltiples situaciones que se pueden presentar, a título de ejemplo, podemos señalar las siguientes conductas a seguir por el trabajador:

a) En caso de dar el aviso del art. 209, LCT por una enfermedad, y la misma responde a los síntomas propios del coronavirus (fiebre, dolor de garganta, tos seca y/o dificultad para respirar) o su médico le diagnostica tal dolencia, se debe avisar

de inmediato a su empleador a los fines que pueda adoptar la medidas pertinentes respecto al resto del personal que pudiera haber tenido contacto con el mismo.

b) Si el trabajador ha viajado al exterior en uso de licencia, a su vuelta debe cumplir con la cuarentena preventiva y hacer uso de licencia autorizada al efecto por la Res. 178/2020 del Ministerio de Trabajo de la Nación)⁴.

c) Utilizar la autorización para circular solo para ir al trabajo y regresar a su domicilio, y no para violar el aislamiento preventivo obligatorio.

d) Aceptar los controles diarios que se le practiquen para detectar si tiene fiebre, como así suscribir las declaraciones juradas diarias que se le requieran que no tiene los síntomas señalados, y en caso, de sentirlos, durante la jornada laboral avisar de inmediato a su empleador.

e) Cumplir con las medidas de prevención implementadas por la empresa, en especial: utilización de guantes y barbijos, higiene de mano, distancia con otros empleados, no compartir utensilios de comida, celulares u otros instrumentos, etc.

Con respecto a los trabajadores que no cumplan tales obligaciones, el empleador tendrá las facultades disciplinarias para aplicar las sanciones proporcionadas a los incumplimientos (art.67, LCT) y si la gravedad de la falta no consiente la prosecución de la relación proceder a su despido justificado (art. 242, LCT).

IV. Conclusiones

A modo de conclusión, podemos señalar, que en la actual emergencia, la buena fe contractual aparece como módulo regulador de la conducta de ambas partes, que nos servirá de orientación para evaluar como cada una respondió ante las nuevas y excepcionales circunstancias. Consecuentemente, esta idea directriz que debe presidir la conducta de ambos, nos tiene que servir para considerar, explicitar y respaldar las obligaciones que asuman durante esta situación extraordinaria, y también servirá para orientar al intérprete, y de algún modo también viene a suplir, en los casos concretos, las omisiones en que pudo incurrir el legislador⁵.

4 Maza, Miguel Ángel, "Coronavirus, la generación del riesgo de contagio y empleo", publicado en el Dossier 1 del Suplemento Digital de la Revista de Derecho Laboral Actualidad "El impacto del coronavirus en las relaciones laborales", www.rubinzalonline.com.ar, RC D 1474/2020 plantea el caso de un dependiente que habiendo viajado al exterior se reincorpora a su empleo luego de su licencia sin explicar esa circunstancia ni someterse a una cuarentena preventiva con la licencia de la Res 178/2020 del MTySS, que resultó infectado y contagió a otros compañeros de trabajo. Considera que además de la eventual responsabilidad penal que le pudiera corresponder por los arts. 202 y 205 del Código Penal, amerita la posibilidad de un despido por justa causa por el grave incumplimiento laboral incurrido.

5 Cf. PIA Rodríguez, "Los principios del derecho del trabajo", p. 310, para quien cuando hablamos del principio de la buena fe nos estamos refiriendo a una de esas ideas centrales de gran fecundidad y múltiples aplicaciones que desbordan la simple enumeración de obligaciones

DNU 329/2020: UNA OPORTUNIDAD PARA QUE SE LUZCA EL DERECHO PROCESAL DEL TRABAJO... y las juezas y los jueces que lo apliquen

por Sebastián COPPOLETTA¹

RC D 1536/2020

El autor propone una mirada del DNU 329/2020 desde la noción de la prevención del daño causado por el despido arbitrario y con énfasis en los aspectos procesales.

I. Esto yo ya lo vi, esto ya lo escuché...

En mi Spotify, Charly dice que está verde y que no lo dejan salir; y yo tampoco puedo salir, pero como soy daltónico, ya ni se de que color estoy. El tema del coronavirus aparece por todos lados como el payaso de *IT*. En la tele y en la radio se debate sobre un tema inútil: salud o economía...el mundo no aprendió aún que es lo mismo, no hay una sin otra, porque en el fondo se habla de lo mismo: la persona humana. ¿Enfermarse o no comer? Dilema cruel, que solo se puede solucionar por medio de la seguridad social, la cual es imposible de financiar, lo cual nos lleva a otros dilemas. En fin....

El encierro permite tratar de poner al día todo lo que no teníamos tiempo de leer, escribir, escuchar o hacer, dentro de los límites de nuestra casa. Pero mientras intento alejarme del Covid-19 y sus consecuencias filosóficas, el Derecho del Trabajo corre detrás de la realidad, y todos y todas intentamos mantenernos actualizados en la sucesión de normas jurídicas con incidencia laboral que se suceden. Algunas más técnicas, otras más generales, pero son medidas que en otras épocas ya hemos visto, lamentablemente. Viejas herramientas adaptadas a los nuevos tiempos. Sin embargo, algo nuevo sucede en la noche del 31/03/2020, algo distinto, algo **SUS-TANCIALMENTE** distinto; nunca habíamos ido tan lejos...

II. Tenemos que ir tan lejos para estar acá...

El art. 2 del DNU 329/2020, dispone que se prohíben los despidos sin justa causa y por las causales de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor; y el art. 3 también prohíbe las suspensiones por las causales de fuerza mayor o falta o disminución de trabajo. Ambas prohibiciones son temporales. Hasta acá veníamos con una triste película que ya habíamos visto. Lo que seguía, seguramente, era el no menos triste remate de la duplicación indemnizatoria, ya tan conocida que no asusta a nadie. Pero sin embargo, un tsunami sacude al Derecho del Trabajo argentino...

1 Vocal de la Cámara de Apelaciones del Trabajo de Santa Fe, Provincia de Santa Fe. Docente en la Universidad Nacional del Litoral (UNL).

El art. 4 del DNU 329/2020 dispone que los despidos o suspensiones que se dispongan en violación a los arts. 2 y 3, “*no producirán efecto alguno, manteniéndose vigentes las relaciones laborales existentes y sus condiciones actuales*”. De tal modo, en el lapso en que dure esta prohibición, la regla del art. 245, LCT debería entonces leerse así, en una especie de collage jurídico entre la LCT y el DNU: “*En los casos de despido dispuesto por el empleador sin justa causa, habiendo o no mediado preaviso*” este “*no producirá(n) efecto alguno, manteniéndose vigentes las relaciones laborales existentes y sus condiciones actuales*”.

Los partidarios de la teoría del despido como acto ilícito dirán que se cambió la sanción de la antijuridicidad; temporalmente, no respetar la indeterminación del plazo del contrato se sanciona ahora con la nulidad. Y los que ven en el despido arbitrario una potestad del empleador, dirán que no hay mayor reconocimiento de un derecho que su regulación. Discusión que no lleva a ningún lugar...

Si la norma es un decreto “de necesidad y urgencia” ¿cuales serían estas? Pues... respecto a la necesidad, esta se configura en la posibilidad (que ya comienza a volverse realidad) que debido a la situación social-sanitaria que vivimos, las personas que trabajan pierdan su empleos y, en consecuencia, dejen de percibir salario y los demás derechos que se vinculan a la registración laboral (obra social, de especial importancia en esta época). Y en esto se explica el texto legal, cuando dispone que los despidos y suspensiones “*no producirán efecto alguno*”, pues lo que se busca otorgar es una especial protección contra el despido arbitrario (art. 14 bis, Constitución Nacional) amparando a la persona que trabaja de los daños que son la consecuencia de la violencia del despido.² Mientras que el mandato constitucional protectorio se materializa en la Ley 20.744 y su indemnización tarifada suponiendo que esa tarifa reemplaza la pérdida salarial, el art. 4 del DNU 329/2020 cambia esa lógica protectoria y pasa a una faz preventiva, no se trata de indemnizar el daño sino que el daño no se produzca.

Por ello, la discusión jurídica no debe pasar por si el DNU 329/2020 dispone que el despido es nulo o no; discusión esta que puede plantearse desde que la norma jurídica no usa la palabra nulidad. De hecho, una persona despedida en violación al art. 2 del DNU 329/2020 podría reclamar las indemnizaciones legales, desinteresándose de la reinstalación, con lo cual aquel despido será válido. Lo importante es que este el despido no produce efectos sobre el contrato de trabajo, no puede generarse el daño que produce el despido y que se busca indemnizar por la tarifa del art. 245, LCT. Esta es una situación como la de Shylock en *El Mercader de Venecia*, puede ser que usted tenga derecho a reclamar su libra de carne, pero lo debe hacer sin derramar sangre....puede ser que usted tenga el derecho a despedir pero no puede generar daño.

Entonces el abordaje jurídico del art. 4 del DNU 329/2020 debe ser efectuado desde la noción de prevención del daño.

2 Baylos, Antonio y Pérez Rey, Joaquín. *El despido o la violencia del poder privado*. Ed. Trotta. Madrid (2009).

El cambio de mirada que propongo es esencialmente procesal, pues -de nuevo- si el decreto 329/2020 es “de necesidad y urgencia”, la necesidad de proteger a la persona que trabaja de los daños del despido en un escenario de emergencia sanitaria debe ser seguida por la urgencia en esa protección. Y se deben utilizar las normas procesales más adecuadas para proveer a esa protección urgente. Y en esa urgencia, el proceso laboral no puede detenerse en la discusión bizantina sobre la nulidad o no del despido, pues que en definitiva el daño del despido se produzca o no ya no depende del DNU 329/2020 sino de las acciones jurídicas que la persona despedida intente y de las respuestas jurisdiccionales urgente que encuentre.

Si en los próximos 60 días, una persona es despedida en violación al art. 2 del DNU 329/2020 -ojalá que no- y deja de devengar y percibir salario, entonces el muy buen y justo juicio laboral que culmine en una excelente sentencia adecuadamente fundada y que disponga la nulidad del despido, la reinstalación y el pago de los salarios devengados y no percibidos dictada dentro de...¿2, 3,..5 años? no será la respuesta jurídica adecuada a la actual situación de necesidad y urgencia que justifica el DNU. En definitiva, esa persona habrá sufrido el daño del despido y la respuesta jurisdiccional será como toda sentencia que llega tarde...injusta. Si lo necesario y urgente en esta situación de emergencia sanitaria es proteger a las personas del daño del despido evitando que dejen de percibir sus salarios, el Derecho Procesal Laboral va a tener que lucirse y merecer una reserva de hora de aplauso desde los balcones. Que la epopeya de la ¿nulidad? del art. 4 del DNU 329/2020 no termine en la misma tristeza de los agravamientos indemnizatorios va a depender exclusivamente de que el daño del despido no se produzca, y ello solo lo puede evitar un proceso laboral urgente, de tal urgencia que haga que la persona despedida nunca deje de percibir salario.

Y acá nos tropezamos con una cruel realidad...

III. ¿Por qué te quedás en vía muerta? No sé porqué vas hacia ese lugar donde todos han descarrilado...

Estas situaciones de crisis, de pandemia, de caos a punto de estallar nos tira en la cara todo aquello que sabemos a diario pero no asumimos o no nos preocupamos, o nos cambia radicalmente la percepción de la realidad. El *home office* pasó de ser una forma de flexibilización laboral combatida por el Derecho del Trabajo a la salvación del contrato de trabajo promovida desde el Estado; las personas que pedalean sus bicicletas con la caja-mochila de PedidosYa o Glovo son ex-victimas del capitalismo y ahora héroes de nuestra alimentación de encierro. Y en nuestro Derecho del Trabajo debemos asumir que procesalmente no tenemos la respuesta garantista que requiere el art. 4 del DNU 329/2020. Cruel realidad, el “no daño” o la nulidad del art. 4 del DNU 329/2020 -como usted quiera- termina en la mesa de entradas de un juzgado laboral, tan pronto como el proceso ordinario comience con su laberinto kafkiano de “previamente”, “traslado”, “vista”, “fijese audiencia”, “ofrezca fianza”, etc, etc.

Si hay alguien que está en deuda con el principio protectorio, ese es sin dudas el Derecho Procesal del Trabajo.

¿Y entonces? ¿Qué hacemos?

IV. Cerca de la revolución...

La prevención del daño del despido en los términos del art. 4 del DNU 329/2020 depende, básicamente, de dos personas.

En primer lugar un/a abogado/a que sepa pedir con audacia e imaginación jurídica y precisión técnica. Que sepa adaptar lo poco que tenemos ¿como se tutela a los pocos sujetos que tienen estabilidad propia? Que sepa buscar fuera del Derecho Procesal del Trabajo aquello que no encuentra. ¿Qué procesos han pensado los civilistas para la acción de prevención del daño que regula el art. 1711 del Código Civil y Comercial? ¿cómo aplico las medidas autosatisfactivas y cautelares autónomas desarrolladas por el Derecho Procesal Civil? Que sepa adaptar los procesos generales al caso concreto ¿como utilizo el amparo del art. 43, Constitución Nacional? Y aún que sepa mirar más allá de las fronteras ¿cómo regulan el proceso de tutela de Derechos Fundamentales otros países -por ejemplo Chile y Colombia-? Es decir, que sepa abrir la puerta para ir a jugar (aunque esa canción carece de una correcta perspectiva de género).....

Y en segundo lugar, de un/a Juez/a que sepa recibir esa petición y tramitarla por un proceso que garantice efectivamente la prevención del daño, el cual -por lo general- no existe. Son situaciones que van a poner a prueba la capacidad de los/as jueces y juezas para decidir. Va a ser necesario salir de la zona de comodidad dada por el hecho de que “por dar vista y correr traslado, ningún juez ha sido condenado”. Va a ser necesario un difícil y sutil equilibrio entre la protección de los derechos del sujeto empleador y la efectiva realización de la garantía dispuesta por el art. 4 del DNU 329/2020. La natural garantía del demandado debe compatibilizarse con la garantía de prevención del daño del despido en un proceso laboral que comprenda a ambas.

Por eso, lo importante es enfocar la litis y su trámite procesal desde la perspectiva de la prevención del daño. Pues si el abordaje es causalista respecto al despido, señalo con preocupación a la *doctrina iuslaboralista* que todo lo que se escribió en contra de la validez del DNU 669/2019 puede y va a ser ahora usado en contra del DNU 329/2020, y en consecuencia, la litis requerirá de un amplio debate que incluya el control constitucional y convencional del DNU. ¿Volveremos a discutir “De Luca c. Banco Francés” y los fallos que siguieron? Por lo tanto, no se debe poner la mirada en el despido sino en sus consecuencias y proveer desde allí una solución, al menos cautelar. A José Saramago se le ocurrió un día que la muerte dejaba de trabajar¹ y, nos cuenta el genial portugués que la gente un día dejó de morir. La parca estaba, de la forma en que usted crea que ella es, pero ya nadie moría. En los

1 Saramago, José. *Las intermitencias de la muerte*. Ed. Alfaguara. Buenos Aires (2007)

próximos 60 días, en el sistema normativo argentino, el despido está y estará, como usted crea que el es, pero no dañará en la medida en que el sistema jurisdiccional (operadores jurídicos) no pierda la atención en discusiones causales sobre su naturaleza jurídica y otorgue las respuestas preventivas del daño que en tiempo y forma respondan a la necesidad y urgencia del momento.

La protección solo es efectiva si el debate sustancial de la litis (tan amplio como corresponda) lo hace la persona que trabaja desde su posición como trabajador/a devengando salario (por medidas procesales tan amplias como correspondan).

Porque la economía (capitalista) necesita de personas sanas y con poder adquisitivo en sus shoppings o en sus sitios web. No hay sociedad de mercado con enfermos y pobres.

Ahora Charly me avisa que se va de la cama al living, tal vez lo alcance en el pasillo....

LISTAR O NO LISTAR, ESA ES LA CUESTIÓN

(Apresuradas reflexiones a partir de un Decreto de Necesidad y Urgencia)

por Guido A. SEREN NOVOA¹

RC D 1629/2020

Se realiza un primer abordaje al reciente DNU 367/2020 por el cual se incluye al COVID-19 como enfermedad presuntivamente profesional en los casos de los trabajadores de la salud y demás actividades exceptuadas. En ese marco, nuevos interrogantes y dificultades se plantean en un sistema viciado y abatido por las inconstitucionalidades y su propia ineficacia.

I, Introducción

Estas últimas semanas hemos sido testigos y protagonistas de una paradoja: el vértigo de la parálisis. El vértigo normativo y la parálisis del encierro.

Hace poco más de un mes, el Poder Ejecutivo dictaba el DNU 260/2020 (B.O. 12/03/2020) donde disponía prorrogar la emergencia sanitaria dispuesta por la Ley 27.541 (B.O. 23/12/2019) y establecer un primer aislamiento (restringido), por plazo de 14 días.

La controversial ley que delegaba en el ejecutivo facultades desniveladoras de un sistema republicano sano, se justificaba a sí misma en un contexto de crisis económica y social incuestionable.

Esa centralización dispuesta por el gobierno entrante, apalancó rápidas respuestas en forma de otros Decretos de Necesidad y Urgencia motivados por la pandemia de *coronavirus disease 2019* (COVID-19), causada por el virus SARS-CoV-2.

En ese marco, desde esos primeros punta pies al día de hoy, hemos asistido a un pantagruélico derrotero de Decretos y Resoluciones cuyo repaso agobiaría a Sísifo. Por ese motivo y debido a que exceden la presente reflexión, conviene limitarnos a aquellos que impactan en la inclusión *sui generis*, de una nueva contingencia en la Ley de Riesgos del Trabajo (24.557, B.O. 04/10/1995).

La parálisis social con fines profilácticos fue dispuesta en el DNU 297/2020, (B.O. 20/03/2020), que extendió el aislamiento, tanto en relación al tiempo como a los sujetos comprendidos.

Los nuevos términos del actual *aislamiento social, preventivo y obligatorio*, fueron fijados por esta norma desde el día 20/03/2020 y abarca, a la fecha, a toda la población nacional. La norma urgente estableció 24 excepciones al aislamiento

¹ Especialista en Derecho del Trabajo, Docente de la Universidad de Buenos Aires y de la Universidad de Palermo, Miembro de la Delegación Argentina de Jóvenes Juristas.

dispuesto, que corresponden a actividades y servicios declarados “*esenciales en la emergencia*”. En el listado se incluyó al personal de salud, por motivos evidentes.

Si la salida de un modelo neoconservador² fallido impuso la necesidad de declararnos en urgencia, nuestros históricos vicios presidencialistas recargaron en uno las respuestas para todos.

En esa, nuestra nacional inteligencia, los errores como el que exhibe el novedoso DNU 367/2020, son inevitables.

En síntesis, las condiciones exógenas y un diseño burocratizado y centralista del Estado, nos llevaron a todos a *paralizarnos* en salud y delegar en el Ejecutivo toda la velocidad que debimos restarle a nuestras vidas.

II. Las enfermedades profesionales en la Ley 24.557. Necesaria aclaración preliminar

Hace algún tiempo reseñábamos con Lucas Caparrós, en un ensayo comparativo con Francia³, las contingencias cubiertas en el régimen de la actual Ley de Riesgos del Trabajo (LRT), estipulado en su art. 6°.

Conviene repasar esas precisiones en torno de las llamadas enfermedades profesionales.

La técnica utilizada para definir a las enfermedades profesionales, de conformidad con lo dispuesto en el Convenio 121 de la OIT, importa la adopción de un listado de triple columna que condiciona la cobertura a la concurrencia entre: a) enfermedad; b) agente de riesgo y exposición; y, c) actividad en capacidad de determinar la enfermedad profesional.

Las enfermedades no listadas no son consideradas resarcibles, a menos que se acredite la vinculación con el trabajo desempeñado. Esta modificación fue introducida por el Decreto 1278/2000 (B.O. 03/01/2001), transformando el sistema de lista cerrada de la Ley 24.557, en un sistema de lista abierta o mixto⁴, con la particularidad de que, en el caso, la prueba sobre la vinculación recae sobre el trabajador interesado en la cobertura.

La gran crítica que se ha efectuado a esta modalidad, recae en la ausencia de revisión del listado (*potestad del Poder Ejecutivo en empleo de sus facultades reglamentarias*) para el cual se creó el Comité Consultivo Permanente (art. 40.3 LRT),

2 V. Simón, Julio C., *Modelo Estatal y Negociación Colectiva*, ed. La Ley, 1994, cáp. 2.

3 Caparrós, Lucas, Taquet Francois y Seren Novoa Guido, *La salud en el trabajo: ensayo comparativo entre Francia y Argentina*, Revista de Derecho Laboral Actualidad, Rubinzal Culzoni, 2017-2.

4 El numerus clausus fue posteriormente cuestionado por el tribunal cimero en el Recurso de Hecho, “Silva, Facundo Jesús c/ Unilever de Argentina S.A” (CSJN, 8/12/2007). No debe confundirse que, en este caso, el pronunciamiento versó en el marco de un reclamo con relación al sistema de responsabilidad extra-sistémico, es decir, en términos de responsabilidad civil del sujeto empleador.

que pocas veces fue convocado desde la sanción de la norma⁵, dejando fuera de cobertura enfermedades de incuestionable etiología laboral.

Hasta aquí, podemos afirmar que el sistema se basa en supuestos excepcionales de responsabilidad objetiva, donde la causalidad entre el hecho y el daño se presume legalmente⁶. No obstante, tal simplificación pareciera no honrar los matices y particularidades que se presentan a poco de indagar, un poco más, en las contingencias cubiertas por este sistema, que han llevado a doctrina especializada a no distinguir con claridad los nexos de imputabilidad⁷

Para clarificarlo, soslayando la confusión entre la *causa* de la enfermedad (*directa*) y las *consecuencias resarcibles* del daño producido por ésta (*inmediatos*) que pareciera situarnos en la tesis de causalidad próxima, la facultad resulta privativa de un órgano administrativo no jurisdiccional con sede única en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. La inconstitucionalidad de tal atribución y la privación al resarcimiento que este tránsito dantesco impone, ha llevado tácitamente a muchos tribunales a arrogarse la facultad de determinación casual en este caso, abonando a la tesis de causalidad adecuada. Además, la confusión entre causa y consecuencia presente en la formulación del artículo impulsó a la jurisprudencia, en ocasiones, a reimplantar la teoría de la indiferencia de la concausa, sin perjuicio del generalizado acuerdo sobre la intención opuesta de la norma. Mientras el factor laboral actúe directamente para la existencia de la enfermedad, no pareciera requerirse más indagación sobre concausas que pudieran atenuar la responsabilidad para ordenar la restitución de sus consecuencias inmediatas.

Como se adelantó, en principio, las enfermedades no listadas no son consideradas resarcibles, a menos que se acredite la vinculación con el trabajo desempeñado en forma *directa e inmediata*. Según el art. 6° de la ley, resulta facultad de la Comisión Médica Central tal determinación.

Corrijamos.

En primera instancia, por imperio del art. 1° de la Ley 27.348 (B.O. 24/02/2017), la competencia corresponde en primera instancia a la Comisión Médica Jurisdiccional (cfr. Ley 27.348)⁸, pero pareciera que el texto de la ley 24.557 no se ha percatado. El DNU en estudio, *tampoco*.

5 Decretos 1167/2003(B.O. 3/12/03) y 49/14 (B.O. 20/01/14).

6 Orgaz, Alfredo, *El daño resarcible*, ed. Lerner, Córdoba, 1980, p. 53.

7 Consideración que plenamente compartimos, expuesta por Babace, Héctor en *Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales. Tendencias de la legislación comparada con especial referencia al derecho uruguayo*, ed. Fundación de cultura Universitaria, Montevideo, 2003, p. 18.

8 Los puntos de conexión territorial que determinan esta competencia administrativa son: el domicilio del trabajador; el lugar de efectiva prestación de servicios; o, en su defecto, al domicilio donde habitualmente aquel se reporta, a opción del dependiente. Esta resolución agota la instancia administrativa dejando expedita la vía judicial o el recurso ante la Comisión Médica Central, también a elección del trabajador (cfr. arts. 1 y 2).

III. El DNU 367/2020. Crítica y desconcierto

El 14 de abril de 2020, nos encontramos con otro DNU 367/2020 de un primer cuatrimestre del año que, efectivamente, se caracterizó por la necesidad, la urgencia y el miedo que nos llevó a esa parálisis y a ese vértigo de los que hablábamos en las primeras líneas.

Este nuevo decreto de diez artículos y veinte párrafos de considerandos, viene a dar respuesta a una acuciante problemática: el padecimiento del COVID-19 por causas laborales o, en otras palabras, el coronavirus como enfermedad profesional.

Con ese fin, el decreto establece que se considerará al COVID-19 *presuntivamente una enfermedad de carácter profesional -no listada- en los términos del apartado 2 inciso b) del artículo 6° de la Ley 24.557, respecto de las y los trabajadores dependientes excluidos mediante dispensa legal y con el fin de realizar actividades declaradas esenciales, del cumplimiento del aislamiento social, preventivo y obligatorio ordenado por el Decreto N° 297/20 y sus normas complementarias, y mientras se encuentre vigente la medida de aislamiento dispuesta por esas normativas* (art. 1°).

Repasemos.

Establece una patología (COVID-19) que en ciertas actividades (aquellas exentas del aislamiento social, preventivo y obligatorio), será presuntivamente considerada enfermedad profesional.

El art. 4°, a su turno, complementa lo dispuesto estableciendo que *[E]n los casos de trabajadoras y trabajadores de la salud se considerará que la enfermedad COVID19, producida por el coronavirus SARS- CoV-2, guarda relación de causalidad directa e inmediata con la labor efectuada, salvo que se demuestre, en el caso concreto, la inexistencia de este último supuesto fáctico. Esta presunción y la prevista en el artículo 1° del presente rigen, para este sector de trabajadores y trabajadoras, hasta los SESENTA (60) días posteriores a la finalización de la vigencia de la declaración de la ampliación de emergencia pública en materia sanitaria realizada en el Decreto 260/20, y sus eventuales prórrogas.*

¿Entonces?

Establece, también, una patología (COVID-19) que en ciertas actividades (trabajadores de la salud), será presuntivamente considerada enfermedad profesional, cuando estén expuestos al virus (SARS-CoV-2). Bien podría formularse de la siguiente manera: Una patología (COVID-19), detectada en cierta actividad (actividad sanitaria), expuesta a un factor de riesgo (SARS-CoV-2), da como resultado una enfermedad profesional (COVID-19, en trabajadores de la salud expuestos al virus). Cualquier semejanza con un listado de triple columna...¿es un accidente?

Es cierto que en el caso de los demás trabajadores exceptuados no se requiere factor de riesgo o, mejor dicho, este se presume cuando así determine la presunción la Comisión Médica Central. También es cierto que adoptando la teoría de la indi-

ferencia de la concausa, toda patología padecida por un trabajador y causada por el ambiente de trabajo es una enfermedad no listada en los términos del apartado 2, inciso b, del art. 6° LRT.

Con excepción del financiamiento de las prestaciones íntegramente a cargo del Fondo Fiduciario de Enfermedades Profesionales (Decreto 590/1997, B.O.04/07/1997), mientras dure el aislamiento obligatorio (art. 5°) y de las casi inexplicables limitaciones temporales sobre la consideración del COVID-19 como enfermedad profesional en estos casos (arts. 1 y 4), la norma no parece justificarse.

No parece justificarse, pues es el Poder Ejecutivo en uso de sus facultades reglamentarias quien tiene la potestad de ampliar el listado de enfermedades profesionales (cfr. arts. 6 y 40 LRT). Puede achacarse que apremie el tiempo y que por ello se obvie el procedimiento de consulta ante el Comité Consultivo Permanente⁹ (art. 40, apartado 1 LRT).

Pero estos son tiempos de necesario consenso para evitar que el centralismo y el desequilibrio republicano al que nos somete la pandemia, se exageren. En la laxitud coyuntural, el diálogo social y la participación que la tecnología hoy nos habilita debe ser explotada, sobre todo para pensar en conjunto y lograr soluciones consensuadas que garanticen un máximo de acatamiento¹⁰.

Otro punto encontrado con la jurisprudencia, ya no tan reciente, se verifica en el art. 3 de la norma. Este dispone que *[L]a determinación definitiva del carácter profesional de la mencionada patología quedará, en cada caso, a cargo de la COMISIÓN MÉDICA CENTRAL (C.M.C.) establecida en el artículo 51 de la Ley N° 24.241, la que entenderá originariamente a efectos de confirmar la presunción atribuida en el artículo 1° del presente y procederá a establecer, con arreglo a los requisitos formales de tramitación y a las reglas de procedimiento especiales que se dicten por vía reglamentaria del presente decreto, la imprescindible y necesaria relación de causalidad directa e inmediata de la enfermedad denunciada con el trabajo efectuado en el referido contexto de dispensa del deber de aislamiento social, preventivo y obligatorio, en los términos especificados en el artículo 1°. La referida COMISIÓN MÉDICA CENTRAL podrá invertir la carga de la prueba de la relación de causalidad a favor del trabajador cuando se constate la existencia de un número relevante de infectados por la enfermedad COVID-19 en actividades realizadas en el referido contexto, y en un establecimiento determinado en el que tuvieren cercanía o posible contacto, o cuando se demuestren otros hechos*

9 Integrado por cuatro representantes del Gobierno, cuatro representantes de la CGT, cuatro representantes de las organizaciones de empleadores (dos de los cuales son designados por el sector de la pequeña y mediana empresa), y dos representantes de las jurisdicciones que hayan optado por el régimen de Autoseguro Público Provincial, los que se integrarán a la representación del sector gubernamental (cfr.art. 9° de la Ley 27.348 B.O. 24/02/2017).

10 V. Las Heras, Horacio, *La necesidad de la negociación colectiva como forma de sortear la crisis. Hacia la responsabilidad*, publicado en el Dossier 2 del Suplemento Digital de la Revista de Derecho Laboral Actualidad “El impacto del coronavirus en las relaciones laborales”, www.rubinzalonline.com.ar, RC D 1492/2020

reveladores de la probabilidad cierta de que el contagio haya sido en ocasión del cumplimiento de las tareas desempeñadas en el marco referido en el artículo 1° del presente.

De nuevo la norma soslaya aquella inconstitucionalidad que la Ley 27.348 había venido, con limitaciones y deficiencias, a zanjar. Es que el sistema de reparación y prevención de infortunios laborales carece de naturaleza federal en relación a las normas de competencia (cfr. criterio expuesto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Castillo Angel c/ Cerámica Alberdi SA” –del 7/9/04- ; “Venialgo, Inocencio c/ Mapfre Aconcagua Aseguradora de Riesgos del Trabajo” -del 13/03/2007-; entre otros).

En efecto, tal como sostuviera el Alto Tribunal, “*La ley de riesgos del trabajo no contiene disposición expresa alguna que declare federal el régimen de reparaciones y regula, sustancialmente, sólo relaciones entre particulares –las aseguradoras de riesgos del trabajo son entidades de derecho privado-, por lo que de sus preceptos no aparece manifiesta la existencia de una específica finalidad federal”. De allí que “No es constitucionalmente aceptable que la Nación pueda, al reglamentar materias que son como principio propias del derecho común, ejercer una potestad distinta de la que específicamente le confiere el art. 75, inc. 12 de la Ley Fundamental. Lo contrario implicaría tanto como reconocer que las pautas limitativas que fija la Constitución Nacional cuando se trata de derecho común, referentes a la no alteración de las jurisdicciones locales y a la aplicación de esas leyes por los tribunales de provincias si las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones, pueden ser obviadas por la sola voluntad del legislador”¹¹.*

En ese marco, la vuelta a la Comisión Médica Central parece insana, por múltiples motivos.

En primer lugar, pues pone de nuevo en un órgano nacional facultades que deberían ser propias de cada jurisdicción provincial.

En segundo, obliga a traer la competencia a la Ciudad de Buenos Aires a trabajadores de todo el territorio nacional, fijando una dificultad insoslayable, maximizada por el contexto de aislamiento.

Por último, pues aun en el marco de copiosa producción de necesidad y urgencia, ese trastocamiento, que deja huérfana la vía recursiva de competencia ordinaria de la Ley 27.348, carece de sentido alguno.

En los considerandos de la norma, se sostiene que *la ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (O.I.T.) ha llevado a cabo un análisis pormenorizado sobre las disposiciones fundamentales de las normas internacionales del trabajo pertinentes en el contexto del brote del nuevo coronavirus COVID-19, publicado con fecha 27 de marzo de 2020, sosteniendo que las patologías contraídas por exposición en el trabajo a dicho agente patógeno podrían considerarse como en-*

11 CSJN C 2605 XXXVIII “Castillo, Angel c/ Cerámica Alberdi SA” 7/9/04 Fallos 327:3610

fermedades profesionales, en razón de lo cual otros países -tales como España, Uruguay y Colombia- han declarado que la afección producida por la exposición de los trabajadores y las trabajadoras al nuevo coronavirus, durante la realización de sus tareas laborales, reviste carácter de enfermedad profesional. Bienintencionado y cierto, la experiencia internacional no justifica estos desvíos del propio sistema nacional que, con sus bemoles y dificultades, ha ido saneando algunas problemáticas planteadas y que ya ofrecía herramientas para canalizar esta novedosa contingencia. Al menos sin plantear nuevos problemas que siguen erosionando la seriedad, eficacia y legitimidad del régimen.

IV. Conclusión de una ley accidentada

Otras muchas cosas pueden achacarse a la norma. Podría cuestionarse el modo de financiamiento descripto. Podría cuestionarse su prosa y hasta el evidente error de considerar que imprime un nuevo eximente cuando dispone que la cobertura será tal, a menos que se corté la causalidad (v. art. 4). También podrían efectuarse (o reiterarse) algunas consideraciones en relación a la delegación de facultades reglamentarias en la SRT (arts. 5 y 6).

Es el contexto tan hablado y angustiante el que nos lleva a soslayarlas.

Ciertamente, pareciera que nunca habrá tiempo para tener una Ley de Riesgos del Trabajo consensuada, prolija y fácilmente interpretable.

El derrotero de decretos, reglamentos y resoluciones que componen el sistema de prevención y resarcimiento de infortunios laborales se presenta accidentado como aquellas contingencias que quiere prevenir y resarcir. Y vuelve a darnos oportunidades perdidas de verdadero diálogo social.

Sostenía Concepción Arenal que *las malas leyes hallarán siempre, y contribuirán a formar, hombres peores que ellas, encargados de ejecutarlas*. Esperemos que, al menos, esta norma necesaria y urgente sirva para dar una respuesta en términos de contención estatal para aquellos que solo han contado con aplausos.

EL DNU 329/2020: DE LA PROHIBICIÓN DE APLICAR SUSPENSIONES POR FUERZA MAYOR Y FALTA O DISMINUCIÓN DE TRABAJO A UNA REMAKE DEL ART. 223 BIS DE LA LCT¹

por Raúl Alberto OYOLA²

RC D 1549/2020

El autor analiza la única excepción prevista por el DNU 329/2020 para aplicar suspensiones de trabajadores. Se examinan los recaudos de procedencia para poder utilizar la herramienta prevista en el art. 223 bis de la LCT de renovada vigencia. Por último, se plantean los inconvenientes para tramitar el procedimiento preventivo de crisis de empresa en tiempos de aislamiento social obligatorio.

I. Suspensiones por fuerza mayor a partir del dictado del DNU 329/2020

En lo que atañe al presente trabajo -suspensiones- debemos señalar que el DNU 329/2020 prohíbe en su artículo tercero las suspensiones por las causales de fuerza mayor o falta o disminución de trabajo por el plazo de sesenta días a partir del 31/03/2020, quedando exceptuadas de la prohibición las suspensiones efectuadas en los términos del art. 223 bis de la LCT. Por su parte el artículo cuarto señala que las suspensiones que se dispongan en violación de la prohibición, no producirán efecto alguno, manteniéndose vigentes las relaciones laborales existentes y sus condiciones actuales.

Resulta clara la norma en cuanto a la expresa prohibición de suspender personal “sin goce de haberes” por causas de fuerza mayor o falta o disminución de trabajo, por lo que no surgen dudas al respecto. Pero en cuanto a lo dispuesto por el artículo tercero in fine, surge la posibilidad de realizar suspensiones de conformidad con lo dispuesto por el art. 223 bis de la LCT, en una suerte de remake de una herramienta no tan utilizada habitualmente.

1 El análisis completo de la figura de la suspensión por fuerza mayor frente a la pandemia del COVID-19, se ha desarrollado in extenso en otro trabajo que será publicado próximamente por esta Editorial.

2 Abogado egresado de la FCJS de la Universidad de Mendoza. Egresado de la maestría en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales Internacionales de la Universidad Nacional de Tres de Febrero. Postgraduado en derecho procesal del trabajo y derecho societario en la Universidad Nacional de Cuyo. Coordinador Académico de la FCJS de la Universidad de Mendoza, sede San Rafael. Coordinador de extensión y vinculación de la Universidad de Mendoza, sede San Rafael. Ex Coordinador Regional de inspección Laboral y Conflictos Colectivos de la Subsecretaría de Trabajo y Seguridad Social de Mendoza. Secretario del Instituto de Investigación en Derecho Laboral de la Universidad de Mendoza. Profesor de las materias Derecho del Trabajo II, Derecho Internacional Privado, y Práctica Profesional en la FCJS de la Universidad de Mendoza, sede San Rafael. Ex profesor titular de Derecho Internacional Privado y de Práctica Profesional de la Universidad Champagnat. Ejercicio profesional independiente, asesorando a entidades sindicales y empresas en materia laboral.

La [Ley 24.700](#) (BO del 14/10/1996) modificó la LCT incluyendo el art. 223 bis, que señala que “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 trabajo, 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 23.660 y 23.661”. La norma en cuestión habilita a pactar entre las partes el pago de una prestación que no es remunerativa, por lo que no podrá ser tenida en consideración a los fines del pago de los aportes y contribuciones (salvo los correspondientes a las obras sociales), ni las vacaciones, S.A.C. e indemnizaciones. No posee el carácter de remunerativa dado que no existe contraprestación a cargo del trabajador.

Atendiendo a los distintos supuestos de crisis empresaria que puedan presentarse, originados en causas económicas o razones de fuerza mayor, susceptibles de alterar el normal desenvolvimiento de la actividad del empleador o que llevan al cese de ésta, medie o no concurso o quiebra de aquel, es que el art. 223 bis LCT; al que expresamente refiere el art. 3° del DNU 329/2020; proporciona al empleador y trabajadores herramientas y alternativas, para afrontar los efectos y secuelas de situaciones como las que debemos afrontar hoy en día.

Normalmente la compensación, en la práctica, consiste en un porcentaje de la remuneración real, comprendidos todos los adicionales que en cada caso eran percibidos hasta entonces por los trabajadores. El Monto de la prestación que se abonará queda librado al acuerdo de partes y sujeto a la homologación de la autoridad administrativa del trabajo - a fin de evitar reclamos posteriores del trabajador -. Sirve citar como ejemplo inmediato el acuerdo celebrado por AOMA con el sector empresario de la rama cal, piedra y afines³.

Los beneficios son para ambas partes del contrato de trabajo, ya que ante una situación real de o fuerza mayor como la que sufrimos actualmente, el trabajador no presta servicios -no tiene gastos de transporte-, y si bien no percibe la totalidad de la remuneración, sigue recibiendo ingresos, y el empleador reduce su erogación considerablemente y -teniendo en cuenta la tendencia jurisprudencial- evita una posible sentencia condenatoria en el futuro. De esta manera; -y por ello entendemos ha sido la expresa mención de la figura en el art. 3° del DNU 329/2020 -; mediante este tipo de suspensión, se preserva la fuente de trabajo y el contrato de trabajo subsistirá luego de transcurrido el hecho extraordinario.

En definitiva podemos afirmar que la causal de suspensión del contrato de trabajo permitida por el art. 3° in fine del DNU 329/2020 tiene por objeto atender a la temporalidad de las graves dificultades actuales que impiden al empleador continuar normalmente con su actividad o explotación.

3 Véase <https://panorama-minero.com/noticias/aoma-acordo-con-empresas-de-la-ramacal-piedra-y-afines-medidas-excepcionales-para-evitar-despidos-ante-pandemia/>

Este tipo de suspensiones acordadas o concertadas con los trabajadores o entidad sindical se diferencian de la alternativa tradicional de suspensión del contrato de trabajo por fuerza mayor, por lo siguiente:

a) no establecen un tiempo máximo de suspensión de cómputo anual; el plazo surge del acuerdo de partes y es susceptible de ser prorrogado –por ejemplo si se extendiera el plazo de aislamiento social por más de los 75 días previstos por el art. 221 de la LCT;

b) durante ese lapso, tiene lugar el pago de una suma de dinero por parte del empleador, de lo que se encuentra eximido en las suspensiones por fuerza mayor;

c) dicha suma de dinero no es considerada como salario a ningún efecto; no obstante y deberá tributar las contribuciones de las Leyes 23.660 y 23.661;

d) el monto que percibirán los trabajadores, es producto del acuerdo al que arriben las partes en el marco de las negociaciones que puedan haber llevado a cabo ante la autoridad administrativa del trabajo;

e) la autoridad administrativa homologará en caso de corresponder el acuerdo celebrado.

II. El procedimiento preventivo de crisis de empresa en tiempos del COVID-19

Tratándose las suspensiones reguladas por el art. 223 bis de la LCT, de suspensiones por fuerza mayor o falta o disminución de trabajo, deberá cumplirse con los recaudos de procedencia generales previstos por el art. 218 de la LCT: a) la necesidad de fundar esa situación en una justa causa; b) que aquella tenga lugar por un tiempo o plazo determinado; c) que el trabajador sea impuesto o anoticiado de la misma por escrito. También deberán reunir los extremos del art. 219 de la LCT respecto a que las causales de fuerza mayor o falta o disminución de trabajo no imputables al empleador debidamente comprobadas, y debe respetarse en los casos de suspensiones que no afecten a todo el personal, lo receptado por el art. 221 de la LCT en sus párrafos segundo y tercero.

Decidimos hacer una mención especial respecto al último recaudo específico para la procedencia de las suspensiones por fuerza mayor –incluida la del art. 223 bis de la LCT-, como es la tramitación previa del procedimiento preventivo de crisis de empresa, atento que en el caso de la pandemia por COVID-19 entendemos que dicho requisito presenta ciertas circunstancias especiales.

Previo a analizar concretamente las particularidades que afectan actualmente la tramitación del procedimiento administrativo previo, debemos recordar que el art. 4° del Decreto 265/2002 introduce las siguientes modificaciones en el procedimiento preventivo de crisis de empresa regulado por la Ley 24.013:

a) En cuanto al ámbito personal de aplicación: comprende tanto las suspensiones individuales como las colectivas (anteriormente solo aplicaba el procedimiento previo para las empresas de más de 50 trabajadores).

b) En cuanto al procedimiento de aplicación: se distingue según se trate de: A) suspensiones colectivas: 1- en empresas de más de cincuenta trabajadores: se aplica el procedimiento establecido por la Ley 24013 y los Decretos 2072/94 y 265/02; 2- y en empresas de menos de cincuenta trabajadores: se aplica el procedimiento establecido en el Decreto 265/2002, el que expresamente remite al Decreto 328/1988 (que había caído en desuso luego del dictado del Decreto 2072/1994); y B) Suspensiones individuales: el procedimiento seguido es el del Decreto 328/1988.

En consecuencia, actualmente nos encontramos frente a una doble regulación normativa dependiendo si la empresa cuenta con más o menos de cincuenta trabajadores en su planta de personal: A) para aquellos casos donde la empresa cuente con más de cincuenta trabajadores, el procedimiento se regirá por la Ley 24013 y por los Decretos 2072/1994 y 265/2002; y B) para los casos de empresas con menos de 50 trabajadores, el trámite deberá realizarse conforme a los Decretos 265/2001 y 328/1988.

Teniendo en cuenta el abanico de normas que regulan los diferentes supuestos, de acuerdo a la cantidad de trabajadores con que cuente la empresa, debemos resaltar que en el contexto actual de pandemia, el procedimiento preventivo de crisis de empresa presenta las siguientes particularidades:

a. Para aquellas empresas que posean menos de cincuenta trabajadores, entendemos que no resulta necesario la tramitación previa del procedimiento preventivo de crisis de empresa por dos motivos:

1°) El art. 4° del Decreto 265/2002 no hace expresa mención a las suspensiones por fuerza mayor, y en virtud de la última parte del art. 19 de la Constitución Nacional que establece que “Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ello no prohíbe”, no corresponde la presentación del trámite administrativo previo para aquellas empresas que no cuenten con la cantidad de personal prevista en el art. 98 de la Ley 24.013 ni en el art. 1 del Decreto 2072/1994.

2°) Aun realizando una interpretación amplia del art. 4° del Decreto 265/2002, y entendiendo en consecuencia que se encuentran comprendidas las suspensiones por fuerza mayor dentro de los casos que requieren como recaudo de procedencia el inicio previo del procedimiento preventivo de crisis de empresa, debemos resaltar que la última parte del art. 4° del Decreto 265/2002 no supera el test de constitucionalidad necesario para la validez de toda norma.

La última parte del artículo citado, en cuanto establece que “... Toda medida que se efectuare transgrediendo lo prescripto carecerá de justa causa...”, entendemos que resulta inconstitucional, atento a que la interpretación de las normas y su aplicación al caso concreto corresponde, por imperio constitucional en forma exclusiva al Poder Judicial, por lo que la norma transcripta excede el ámbito de competencia del Poder Ejecutivo y viola la división de poderes en que se funda el régimen republicano de gobierno establecido en el inc. 12, art. 75 de la Constitución Nacional,

y en consecuencia el incumplimiento del procedimiento previo solo traería como consecuencia la posible aplicación de sanciones por la autoridad administrativa.

b. Para las empresas de más de cincuenta trabajadores –aunque también es común para las que posean menos personal-:

Actualmente no están atendiendo al público ni realizando trámites las administraciones públicas provinciales frente a las cuales debería tramitarse el procedimiento preventivo de crisis de empresa. Tampoco lo hace el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación –con la salvedad de aquellos casos iniciados de oficio debido a su trascendencia -⁴

En consecuencia la pregunta obligada es ¿Dónde deben tramitar los empleadores el procedimiento preventivo previo y dónde deben hacerlo quienes quieran concertar acuerdos conforme al art. 223 bis de la LCT ?, y derivada de la pregunta anterior –por la imposibilidad material de iniciar el trámite- surge un nuevo interrogante: ¿podemos exigir que se cumpla con un requisito que hoy en día resulta de imposible cumplimiento?. Consideramos que la situación ante la cual se encuentran los empleadores que posean más de 50 trabajadores a su cargo, al no poder iniciar el trámite del procedimiento previo, puede enmarcarse en las disposiciones de los arts. 955, 956, 1730 y 1732 del Código Civil y Comercial de la Nación, y por ello bastaría en principio con comunicar la medida a la entidad gremial que represente a los trabajadores, para poder avanzar intertanto en una etapa conciliatoria no formal –como ha sucedido en el caso de AOMA y el sector empresario cal, arena y afines-, para buscar la mejor solución posible para todas las partes, y una vez finalizado el aislamiento, o una vez que los organismos administrativos vuelvan a la actividad, se podrá realizar el trámite para la homologación del acuerdo al que se pueda haber arribado, o en su defecto continuar con las negociaciones dentro del marco del trámite del procedimiento preventivo de crisis de empresa que ya podrá sustanciarse ante la autoridad administrativa.

Resulta importante la comunicación a la entidad sindical, no solo porque es una de las legitimadas para celebrar los acuerdos que autoriza el art. 223 bis de la LCT, sino también porque puede comunicarse con las autoridades administrativas a fin que puedan decretar de oficio la apertura del procedimiento preventivo de crisis de empresa, determinando la modalidad en que se realizarán las audiencias (por ejemplo a través de videoconferencia), y suspendiendo en consecuencia los efectos de la medida que se haya tomado –con anterioridad al DNU 329/2020- o se pretenda tomar (haciendo uso de las facultades de retrotraer las medidas dispuestas que prevé la conciliación obligatoria).

III. Conclusiones finales

Las circunstancias actuales que enfrentamos ante la pandemia del CO-

4 Véase por ejemplo: <https://www.telam.com.ar/notas/202003/446238-coronavirus-trabajo-conciliacion-despidos-techint.html>

VID-19, nos llevan a destacar que no es momento de enfocarse en la histórica contraposición de intereses entre empleadores y trabajadores, sino que la mira debe apuntar a reducir al máximo los efectos de la pandemia puede producir en el mundo de las relaciones del trabajo y de la economía en general. Para ello deberemos dejar de lado los intereses personales, en pos de un objetivo colectivo superior como es el poder mantener la mayor cantidad de puestos de trabajo y, utilizando una terminología muy común en estos días; lograr “aplanar al máximo la curva” de desocupados que el horizonte cercano lamentablemente nos depara.

Si se logra dicho objetivo con la colaboración del sector empresario y trabajador, y desde el Estado se brindan herramientas –como por ejemplo las dispuestas por el DNU 332/2020 y las que se puedan disponer en el futuro- para poder reactivar la actividad productiva y generadora de trabajo en general, todos habremos ganado, además de haber aprendido una lección a futuro aunque haya sido a un gran costo.

Como se ha dicho en párrafos anteriores, la utilización de la figura prevista en el art. 223 bis de la LCT, y las suspensiones que se apliquen bajo el manto de dicha normativa, no se plantean como medidas dispuestas en amparo del empleador, sino que el objetivo fundamental que se persigue es proteger la fuente de trabajo.

Por eso señalamos que la aplicación de la suspensión por causa de fuerza mayor no puede ser utilizada de manera abusiva o generalizada, sino que la misma –cuando reúne los requisitos legales pertinentes -debe aplicarse por los empleadores teniendo en cuenta los principios de colaboración, solidaridad y buena fe que rigen en el contrato de trabajo, por lo que entendemos de fundamental importancia la revalorización de la figura del art. 223 bis de la LCT que ha previsto el art. 3° del DNU 329/2020, como herramienta de paz social, para facilitar y promover una instancia de diálogo con los trabajadores y entidad sindical a fin de acordar las sumas que abonarán al personal en concepto de compensación mientras dure el lapso de aislamiento social obligatorio.

Aplicando las suspensiones por fuerza mayor, pero otorgando una prestación no remunerativa mientras dure la suspensión, puede lograrse equiparar un poco las cargas entre el empleador y los trabajadores, realizando ambos un esfuerzo compartido. Si bien no es una panacea, este tipo de medidas permite evitar que un trabajador que es suspendido pierda totalmente sus ingresos, pudiendo continuar percibiendo un ingreso (aunque sea parcial por el período de suspensión) en concepto de prestación no remunerativa. Como señala Diego Tula⁵ al comentar el art. 223 bis de la LCT: “Mediante este tipo de suspensión se preserva la fuente de trabajo y la subsistencia del contrato, ya que si las causas de la suspensión son reales, el trabajador tratará de mantener la subsis-

5 TULA, Diego Javier, *Ley de Contrato de Trabajo Comentada*, director Mario E. Ackerman, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2.016. T. III, pág. 50

tencia de la fuente de empleo el tiempo de suspensión que sea necesario para salir de la crisis”.

Por ello consideramos importante la aplicación de esta herramienta, porque puede resultar muy útil para evitar despidos y colaborar para que el sostenimiento de puestos de trabajo sea menos gravoso para el empleador, mientras se normaliza progresivamente la actividad en general.

¿LA PANDEMIA DEL COVID-19 NOS ENCUENTRA PREPARADOS PARA TELETRABAJAR?¹

Por Juan Ignacio CAMINOS²

RC D 1601/2020

La pandemia del COVID-19 ha puesto en crisis al mercado laboral mundial, empujando a Estados, empresas y trabajadores a la obligación de reinventarse y adaptarse a velocidades impensadas a cambios disruptivos en sus formas de trabajo, utilizando para ello distintas alternativas vanguardistas facilitadas por las TIC. Entre los muchos interrogantes que surgen de esta situación extraordinaria, el autor plantea si la imposición del teletrabajo durante el ASPO, importa o no un ejercicio abusivo del ius variandi por parte del empleador.

A) Introducción

El impacto de la pandemia por enfermedad del COVID-19 ha motivado al raudo dictado de normativas que generaron un cimbronazo en nuestro clásico derecho del trabajo. El modelo presencial ha transmutado en la modalidad virtual del teletrabajo, que a pesar de no ser novedosa, no era cotidiana en nuestra cultura laboral. El cambio de realidad es tan evidente, que es factible aseverar que actualmente nos encontramos ante uno de los fenómenos transformacionales más intensos y rápidos de la historia del trabajo.³

B) Marco normativo.

Las medidas nacionales dictadas que indirectamente⁴ procuran adoptar la modalidad del teletrabajo son las Resoluciones⁵ 202, 207, 219 y 279 del Ministerio de

1 Este artículo fue elaborado a partir de la versión “Medidas nacionales y comparadas ante el impacto del COVID-19 en el trabajo ¿Una invitación a teletrabajar?”, publicado en www.rubinzaonline.com.ar, RC D 1526/2020.

2 Abogado egresado de la Universidad Nacional de Córdoba. Colaborador en Proyecto de Investigación de la Secretaría de Ciencia y Tecnología de la Universidad Nacional de Córdoba. Miembro de la Comisión de Jóvenes Juristas - Subsección Córdoba de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de Córdoba.

3 En igual sentido, CRUZ VILLALON, Jesús. Del coronavirus al contagio del teletrabajo. Efectos laborales de la declaración del estado de alarma (blog del autor). Entrada del día 20 de Marzo del 2020.

4 De la letra de las normativas citadas, no surge de forma expresa la obligación de adecuarse a la modalidad del teletrabajo. No obstante, esto se infiere a raíz de ser las TIC la única posibilidad con la que se cuenta para continuar con la ejecución de tareas desde el lugar de aislamiento. Todas fueron dictadas en el año 2020. Brevitatis causae se omite poner “/2020”.

5 En adelante, Res.

Trabajo, Empleo y Seguridad Social; Res. 21 de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo; Res. 03 de la Jefatura de Gabinete de Ministros; Decisión Administrativa 390; y Decretos de Necesidad y Urgencia 297 y 325.

C) Un cambio de cultura.

La cultura del trabajo dependiente en Argentina, se encuentra férreamente arraigada a la modalidad presencial del trabajador al momento de la prestación de sus tareas propia del modelo taylorista fordista. A pesar de las conocidas ventajas de las TIC, el empleo de modalidades de vanguardia no ha sido de gran proliferación en las empresas del sector privado, como tampoco lo ha sido en el sector público.

Según un Informe de OIT – Eurofound, el uso de las TIC para trabajar fuera de las instalaciones del empleador es **relativamente escaso en nuestro país**, siendo el sector de la administración pública y defensa el más prominente a su uso, aplicándose en el 19% de sus empleados⁶. Por otro lado, un informe de la Academia Internacional de Teletrabajo para América Latina y el Caribe revela que el 2,7% del total de los trabajadores de la República Argentina son *Teletrabajadores*, de los cuales únicamente el 1,6% se encuentra en relación de dependencia, ya que el resto se autodefine como trabajador autónomo.⁷

A nivel infraestructural, según los datos del reporte realizado por la Cámara Argentina de Internet en el segundo semestre de 2019, tan solo el 56,1% de los hogares de nuestro país tiene acceso a una conexión de Internet fija⁸, quienes en su mayoría optan por consumir los contenidos online de películas y series⁹. Estos indicadores marcan una especie de *doble filtro* para poder instaurar el teletrabajo en nuestro país, ya que no tan solo se necesita de una conexión digital, sino que también de habilidades que posibiliten al trabajador ejecutar sus tareas cotidianas a través de un uso adecuado de las herramientas de las TIC. Surge a todas luces la gran *brecha digital*¹⁰ de nuestro país, que divide por un lado a quienes pueden adaptarse sin mayores inconvenientes al modelo del teletrabajo, y por el otro a quienes no, sea por no contar con accesibilidad o con conocimientos necesarios.

A la postre, aunque las condiciones infraestructurales no sean las más óptimas para afrontar la inesperada transición en la modalidad de trabajo producto de la pandemia del COVID-19, el desafío determinante para adaptarnos a la modalidad del teletrabajo estibaré en la flexibilidad, coordinación y predisposición que tengan

6 OIT – EUROFOUND. *Trabajar en cualquier momento y en cualquier lugar: consecuencias en el ámbito laboral*. Oficina Internacional del Trabajo – Ginebra: OIT, 2019. Pg. 19.

7 ITA LAC. Primer Informe. Estado del teletrabajo en América Latina y el Caribe. En el marco de la celebración de los 20 años del Teletrabajo en Brasil. 2017. Pgs.22-23.

8 CABASE. Estado de Internet en Argentina y la Región. Segundo semestre 2019. Pg.3.

9 CABASE. Ob. Cit. Pg.10.

10 José Valera Ferrio define a la brecha digital como: “*un fenómeno tremendamente perjudicial, de tipología transversal y que afecta a la economía, a la sociedad y al territorio*”. VALERA FERRIO, José. *La Brecha Digital en España*. UGT Comunicaciones. 2015. Pg. 9.

las partes en modificar sus estructuras tradicionales, lo que dará lugar a una nueva cultura de trabajo.

D) El teletrabajo: ¿elección u obligación?

Efectuar modificaciones en la forma y en la modalidad del trabajo, es una de las facultades que la LCT le confiere al empleador, a los fines de dirigir su empresa como estime más conveniente y provechoso. No obstante, uno de los *límites* insoslayables que encuentra esta potestad legítima, es la imposibilidad de generar modificaciones en las condiciones esenciales del contrato de trabajo. Ante estos casos, el trabajador cuenta con las opciones de extinguir el vínculo o solicitar el restablecimiento de las condiciones alteradas.

El impacto del COVID-19, nos ha colocado ante una incertidumbre: ***¿imponer el teletrabajo durante el aislamiento, importa un ejercicio abusivo del empleador?*** La respuesta a dicho interrogante no será unívoca y consensuada, debido a que la misma dependerá de la interpretación se realice en torno a las modificaciones decididas en un contexto de *tiempo, lugar y modo determinado*¹¹.

Es criterio de quien suscribe que **el trabajador tiene la obligación subrepticia de continuar ejecutando las tareas habituales desde su lugar de aislamiento, siempre que sea posible**. Siendo entonces el empleador quien se encuentra ante la disyuntiva de elegir entre hacer uso del *ius variandi*, o deponer la actividad productiva de su empresa hasta tanto no se controle a esta catástrofe. Resulta lógico (y necesario) que se incline por la primera opción, para no poner en un potencial peligro a los puestos de trabajo y a la economía local.

Distintos son aquellos casos en los cuales lo que se modifica es la naturaleza misma de las tareas del trabajador, transformándolas por completo, al solo fin de que este pueda continuar ejecutando algún tipo de actividad desde su lugar de aislamiento. Ante esto, **necesariamente** se deberá requerir del consenso inequívoco de ambas partes, lo que importará una especie de *novación objetiva*¹² *temporal*¹³ *del*

11 TOSTO, GABRIEL. Comentario al art. 66. Pg. 387. *Ley de Contrato de Trabajo comentada y concordada*, Raúl Enrique Altamira Gigena... [et.al.]; coordinado por Andrea E. García Vior y Tomás Enrique Sueldo; dirigido por Raúl Enrique Altamira Gigena – 1ª d. 1ª reimp. – Buenos Aires: Errepar, 2011.

12 Enseña Gabriel Tosto: “*El contrato de trabajo puede exhibir novaciones subjetivas y objetivas. (...) Las segundas representan la modificación fundamental del contrato resuelta de común acuerdo: por ejemplo, cuando se produce un acuerdo sobre categoría, remuneración u horario de trabajo. En el caso, la novación es un convenio por el cual se extingue una obligación transformándola en otra sustitutiva de la primera. Para que la novación quede configurada y se siga el efecto extintivo de ella es indispensable que se reúnan los siguiente elementos: a) existencia de una obligación anterior, b) creación de una obligación nueva, y c) voluntad concurrente de sustituir una obligación por otra La intención de novar ha de ser inequívoca: en caso de duda, debe concluirse que no hay novación.*” (la negrita me pertenece). TOSTO, GABRIEL. Comentario al art. 66. Ob. Cit. Pg. 387.

13 Es criterio personal del autor, ya que la novación se prolongará hasta tanto se suscite el

contrato, sometiéndose (en el marco de la buena fe) a un cambio sustancial de las obligaciones que perdurará hasta tanto dure la pandemia.

La situación por la cual atraviesa el mundo del trabajo, amerita a la toma de medidas **excepcionales y provisionales**, las que no encuentran origen antojadizo o arbitrario en la mente del empleador. Por el contrario, éste se ve tan afectado como el trabajador, **ya que se lo obliga a realizar modificaciones imprevistas e impondas en su estructura empresarial para adaptarse a las nuevas reglas que esta pandemia impone.**

De la inteligibilidad de los arts. 62 y 63 de la LCT surge que ambas partes del contrato se encuentran obligadas a actuar según los principios de colaboración, solidaridad y buena fe durante todas las etapas del contrato. La propagación del COVID-19 (que ha resultado extraña inclusive hasta para las potencias económicas del mundo) no puede facultar a los trabajadores a hacer uso de los derechos consagrados en el art. 66 de la LCT, ya que esto implicaría otorgar una especie de carta blanca, para que antojadizamente decidan sobre el futuro actividad económica de la empresa¹⁴. **Más aún cuando todas estas medidas adoptadas surgen de una imposición extraordinaria en aras de proteger el empleo, los ingresos, la vida y la salud de los habitantes de nuestra Nación.**

E) Lo bueno (dentro de lo malo) que el COVID-19 puede aportar en el futuro

El tipo de teletrabajo que el coronavirus obligó a adoptar en nuestro país, es a **tiempo completo** (ya que no se alterna con la modalidad presencial), **con un lugar de ejecución fijo** (siendo este el lugar de aislamiento del trabajador), **y de baja autonomía** (ya que no cuentan con la posibilidad de no acogerse, sino que deberán hacerlo en la medida en que sea posible)¹⁵. Esta forma es atípica, no tan solo por ser obligada, sino también porque el contexto nos impide adaptarnos a este cambio de modelo en forma gradual.

No obstante, estas alteraciones inesperadas y precipitadas permitirán que mu-

fenómeno que le dio a lugar, culminado el peligro las partes deberán de re-configurar el contrato conforme las condiciones *ex ante*. En caso de que decidan continuar su relación bajo esta nueva modalidad (teletrabajo) deberán de dejar constancia expresa del consentimiento de ambas partes.

14 En igual sentido, CAPARRÓS, FERNANDO. en *Tratado de Derecho del Trabajo*. Tomo 3. La relación individual del trabajo II. Coordinado por Diego Martín Tosca; dirigido por Mario Eduardo Ackerman – 1ª ed. 1ª reimp. – Santa Fe: Rubinzal Culzoni; 2008. Capítulo IX. Obligaciones de las partes. Pg. 23

15 Definido según los factores detallados por OIT - Departamento de Actividades Sectoriales. Las dificultades y oportunidades del teletrabajo para los trabajadores y empleadores en los sectores de servicios de tecnología de la información y las comunicaciones (TIC) y financieros. Las dificultades y oportunidades del teletrabajo para los trabajadores y empleadores en los sectores de servicios de tecnología de la información y las comunicaciones (TIC) y financieros: Documento Temático para el Foro de diálogo mundial sobre las dificultades y oportunidades del teletrabajo para los trabajadores y empleadores en los sectores de servicios de TIC y financieros (Ginebra, 24-26 de octubre de 2016). Pg. 7

chos sectores empresariales de corte clásico exploren una forma vanguardista propia de la “Cuarta Revolución Industrial”, que no tan solo es óptima a los fines de prevenir la propagación del contagio del virus, sino que también le permitirá a las empresas reducir sus costos, ampliar su cantera de trabajadores (que muchas veces se ve sujeta al espacio físico), administrar nuevos usos horarios y contar con un personal rotativo y motivado.¹⁶

Por su parte, los trabajadores experimentarán la posibilidad de conciliar su vida personal con la vida laboral, evitarán acarrear con los costes económicos y demoras en los traslados a su establecimiento de trabajo, gozarán de una mayor flexibilidad horaria y dispondrán de una mayor cantidad de tiempo para asuntos personales.¹⁷

En Argentina el teletrabajo llegó para quedarse (o por lo menos eso estimo), no de la forma en que la actualmente se está realizando, sino que deberá de intercarse con la modalidad presencial. Esto será un recurso valioso para promover la inserción de sectores usualmente excluidos del mercado de trabajo, como el de las personas discapacitadas o de quienes tienen que ocuparse del cuidado de personas a su cargo.¹⁸ Durante todo el proceso de transición, se necesitará de un diálogo social tripartito que permita otorgarle un marco jurídico especial a esta “novedosa” modalidad de trabajo.

F) Conclusión

La pandemia del COVID-19 ha puesto en crisis al mercado de laboral mundial, empujando a Estados, empresas y trabajadores a la obligación de reinventarse, y adaptarse a velocidades impensadas a cambios disruptivos en sus formas de trabajo, utilizando para ello distintas alternativas vanguardistas facilitadas por las TIC. Los fines esenciales de las medidas adoptadas, apuntan de forma directa a la protección del trabajo y la salud de las personas, derribando todos aquellos mitos instaurados que auguraban el fin del trabajo humano ante la irrupción de la tecnología.

En Argentina, las partes de la relación laboral necesitarán de flexibilidad para adaptarse a una modalidad atípica como la del teletrabajo, que “*pone en jaque*” al paradigma cultural del modelo de trabajo presencial taylorista fordista. Como pendiente, una vez erradicada la peligrosidad de la pandemia, deberemos elaborar políticas tendientes a reducir nuestra brecha digital, para que en un futuro (no tan lejano) podamos valernos de las oportunidades de empleo que brindará la “Cuarta Revolución Industrial”.

16 Ventajas detalladas en el informe OIT (2016). Ob. Cit. Pg. 16

17 Ventajas indicadas el informe de Fundación CENIT (2012). Ob. Cit. Págs. 6 y 21.

18 En este sentido, SIERRA BENITEZ, Esperanza Macarena. El contenido de la relación laboral en el teletrabajo. Primera Edición: Consejo Económico y Social de Andalucía. Sevilla. Marzo de 2011. Pg.28.

CONSIDERACIONES SOBRE LOS DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA 329/2020 Y 332/2020

Por Guillermo PÉREZ CRESPO¹

RC D 1630/2020

El autor realiza un análisis de dos instrumentos esenciales del programa del Gobierno Nacional en materia laboral dictados en el marco de la pandemia del coronavirus. Explica también sus especiales incidencias en las relaciones de trabajo y define algunas alternativas prácticas sobre su aplicación.

I. Presentación

Los Decretos de Necesidad y Urgencia 329 del 31/03/2020 sobre la prohibición de despidos y suspensiones y el 332 del 01/04/2020 relativo al Programa de Asistencia de Emergencia al Trabajo y la Producción parecen constituir un primer ensayo de respuesta del gobierno a las relaciones entre empleadores y trabajadores en el nuevo período dentro de la emergencia por pandemia, luego de la finalización o reducción sustancial del aislamiento general obligatorio.

Ambigüedades en sus textos, que pueden deberse a simples deficiencias en la técnica de redacción normativa o a la intención de reducir los costos políticos a pagar según los intereses que se afecten, abiertamente o no, dificultan su interpretación.

Estas normas, como las restantes vinculadas a la emergencia sanitaria, deben interpretarse desde una doble lectura: por un lado, cualquier duda se deberá salvar en función del espíritu de privilegiar los intereses y necesidades de la población por sobre intereses empresarios sectoriales, pero por el otro, la misma condición de emergencia le permite al Poder Ejecutivo limitar ciertos derechos, en la medida que se trate una decisión racional y temporal, acorde con la situación.

II. Despidos y suspensiones

En el art. 2 del DNU 329/2020 se prohíben los despidos sin justa causa y por las causales de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor por el plazo de sesenta días a partir de su publicación en el boletín oficial (31/03/2020).

Al respecto, no cabe duda sobre la imperatividad de lo dispuesto, no resultando posible siquiera acordar despidos durante este período de tiempo en el marco de un procedimiento preventivo de crisis. La prohibición aparece como absoluta en una norma de orden público con sustento en una situación de emergencia, no resultando disponible por las partes ni siquiera en negociación colectiva.

En cuanto al despido con expresión de causa justificada, siendo falsa la misma, se resolverá en sede judicial, pero debiera entenderse que, acreditada la falsedad,

1 Abogado laboralista. Asesor sindical. Publicista e investigador en relaciones del trabajo.

los efectos del mismo sólo podrán correr desde el vencimiento del período de tutela de la ley.

Cabe entender que los despidos de trabajadores en período de prueba, cuando carecen de causa justificada, se encuentran incluidos en la prohibición.

En el art. 3 del DNU 329/2020 también se prohíben suspensiones por las causales de fuerza mayor o falta o disminución de trabajo, por igual plazo de 60 días desde el 31 de marzo de 2020.

Pero aquí ya lo dispuesto se encuentra relativizado por el párrafo siguiente, donde se expresa que quedan exceptuadas de tal prohibición las suspensiones efectuadas en los términos del art. 223 bis, LCT.

En este punto la norma admite distintas lecturas. El art. 223 bis, LCT, no establece un régimen de suspensiones ni un procedimiento en particular sino únicamente el carácter no remunerativo de las asignaciones abonadas en compensación por suspensiones fundadas en falta o disminución de trabajo no imputable al empleador.

Pero el texto del segundo párrafo del art. 3 no deja lugar a dudas sobre la posibilidad de suspensiones acordadas ante la autoridad de aplicación.

Y el art. 4 es terminante en cuanto fulmina de nulidad los despidos y las suspensiones “*que se dispongan en violación de lo expuesto en el art. 2 y primer párrafo del art. 3*”, dejando a salvo las del segundo párrafo.

Lo que a su vez resulta coherente con lo dispuesto en el art. 8 del DNU 332/2020 cuando se establece “En caso que *el empleador suspenda la prestación laboral* el monto de la asignación se reducirá...”.

Más allá de la aparente prohibición terminante de suspensiones por fuerza mayor o falta o disminución de trabajo, en realidad se permiten con la sola condición de que sean el resultado de un procedimiento de *negociación* ante el Ministerio de Trabajo. Lo que permite advertir una normativa en cierto modo disimulada que establece lo contrario de lo que se dice anteriormente.

Pero es claro que las suspensiones sólo pueden ser el resultado de acuerdos ante la autoridad de aplicación y no imposición de las empresas, y que -a diferencia de lo que parte de la doctrina entiende respecto del procedimiento preventivo de crisis de la Ley 24.013- la falta de acuerdo cierra la negociación, pero no habilita las suspensiones.

No parece lógico ni coherente que se considere habilitado el acuerdo individual entre trabajador y empresa, pese a que el art. 223 bis, LCT, contempla la posibilidad de negociaciones individuales, en cuanto parece contradecir el espíritu y razón de ser de las normas de emergencia sanitaria.

Si el hecho de habilitar la negociación de suspensiones por fuerza mayor o falta o disminución de trabajo ya es un elemento negativo, la recurrencia a una norma de la ofensiva precarizadora de los noventa, como es el art. 223 bis, LCT, resulta más que lamentable y solo aporta mayor confusión.

El art. 223 bis, LCT, determina que las asignaciones no remunerativas no exigen al empleador del pago de las contribuciones de las Leyes 23.660 y 23.661, pero es claro que en la negociación ante la autoridad de aplicación la parte sindical podrá requerir acordar otras cuestiones.

Sobre el carácter no remunerativo, parece evidente que la emergencia no es suficiente fundamento para tal calificación, a contrario de la garantía del Convenio 95 OIT, art. 103, LCT y reiterada jurisprudencia, pero no habría inconstitucionalidad en acuerdos homologados por la autoridad de aplicación que, sin necesidad de recurrir a tal calificación, permitan quitas o reducciones de algunos aportes, con carácter temporal y sustento en la emergencia.

III. Medidas de ayuda económica a empresas

En el DNU 332/2020 se intentan otros mecanismos complementarios, destinados a descomprimir la tensión en las relaciones entre las partes, aunque probablemente con una enorme carga económica financiera para el gobierno.

A) Causas de exclusión del sistema de beneficios

El art. 4 del DNU 332/2020 excluía de los beneficios dispuestos en el mismo a aquellos sujetos “*que realizan actividades y servicios declarados esenciales en la emergencia sanitaria y cuyo personal ha sido exceptuado del aislamiento*”, es decir las empresas que han seguido trabajando por haber sido declarada su actividad como esencial.

También excluía expresamente a aquellas empresas “*que no exterioricen indicios concretos que permitan inferir una disminución representativa de su nivel de actividad*”.

El art. 2 del posterior DNU 347/2020, publicado en el Boletín Oficial el 6 de abril, modificó el art. 4 del DNU 332/2020, relativizando la primera causal de exclusión y dejando como implícita la segunda.

En cuanto a la primera, se establece que, sin perjuicio de mantener la exclusión, y atendiendo a especiales circunstancias que hubieren provocado alto impacto negativo en el desarrollo de su actividad o servicio, esas empresas podrán presentar la solicitud para ser alcanzadas por los beneficios de ayuda económica, y previo dictamen les podrán ser concedidos o no.

Ya la continuidad en la actividad durante el período de aislamiento general obligatorio, por haber sido la misma declarada como esencial, no sería causa determinante para la exclusión si la empresa igual acredita serios problemas económicos como impacto de la pandemia.

En cuanto a la segunda causa de exclusión, ya no aparece reproducida en forma expresa en el texto del nuevo art. 4 del DNU 332/2020 (cf. art. 2, DNU 347/2020) pero la misma se encuentra implícita en los requisitos para obtener los beneficios estipulados en dicha norma.

B) Condiciones de inclusión

El art. 3 del DNU 332/2020 regula las mismas, fijando tres requisitos y la necesidad de cumplir con uno de ellos:

- Actividades económicas afectadas en zonas críticas en las zonas geográficas donde se desarrollan; aquí el interrogante reside en qué pasa con empresas con la misma actividad en distintas zonas, pero en algunas afectada y en otras no; en el decreto no se aclara.
- Cantidad relevante de trabajadores afectados por el COVID-19 o en aislamiento obligatorio o con dispensa laboral por grupo de riesgo; el concepto de *cantidad relevante* es sumamente ambiguo y se presta a respuestas discrecionales por parte de la autoridad; tampoco queda en claro qué pasa si la empresa tiene una cantidad relevante de trabajadores con aislamiento obligatorio pero esto no le afecta su actividad, debiéndose suponer que igual podría solicitar el beneficio, aunque el aparentemente estricto mecanismo de determinación del DNU 347/2020 hace dudosa su concesión.
- Sustancial reducción en sus ventas con posterioridad al 20 de marzo; no se establece sobre qué períodos y podrá haber discusión con las empresas que vienen de bajas ventas por problema estacional.

Las tres condiciones son entendibles, pero la ambigüedad de la norma podrá generar dificultades.

C) Sistema dual de beneficios

Los mecanismos de ayuda son básicamente dos diferentes, según la empresa cuente con un plantel de menos o más de 100 trabajadores, y a su vez y al interior de la primera división se establecen subdivisiones menores.

Si bien los beneficios aparecen enumerados en el art. 2 del DNU 332/2020, los detalles se regulan en los arts. 6, 7, 8, 9 y 10.

Para empresas con plantel hasta 100 trabajadores:

- Postergación o reducción de hasta el 95 % del pago de las contribuciones patronales (art. 2 a); en el art. 6 se aclara que hay dos alternativas: a) postergación de los vencimientos (conforme art. 7 se podrán postergar los de marzo y abril, y contar con un plan de facilidades para su pago; b) reducción de hasta el 95 % de las contribuciones patronales durante el mes de abril de 2020; el beneficio del inciso b es sólo para empresas de hasta 60 trabajadores; las mayores sólo podrán requerir la postergación de vencimientos; se establece que la Jefatura de Gabinete establecerá los parámetros para establecer el porcentual de reducción.
- Asignación compensatoria al salario (art. 2 b); el detalle de la misma se consigna en el art. 8: no se establece cuántos períodos, se diferencia entre

empresas de hasta 25, 26 a 60 y 61 a 100 trabajadores, los porcentuales de reducción tienen a su vez topes vinculados a un porcentual del salario mínimo, vital y móvil. El saldo a pagar por los empleadores será remunerativo, no así la asignación. Un punto a tener en cuenta por su importancia para los trabajadores es el condicionamiento a empresas que pacten suspensiones del personal, *reduciendo la asignación y estableciendo que la misma podrá ser considerada como parte de la prestación no remunerativa del art. 223 bis LCT*; esto probablemente hará que algunos empresarios afinen números antes de intentar negociar suspensiones.

Para empresas con plantel de más de 100 trabajadores:

- Asignación REPRO: se establece en el art. 2 c) pero el detalle se encuentra fijado en los arts 9 y 10 del decreto; será de entre \$ 6.000 y \$ 10.000 por cada trabajador y se mantiene la vigencia de la Resolución 25/2018 del Ministerio de Producción y Trabajo; cabe destacar que dicha *resolución condiciona la inclusión en el programa de ayuda a que la empresa no proceda a despidos ni suspensiones sin causa justificada*.

Conforme el DNU 347/2020 se crea el Comité de Evaluación y Monitoreo del Programa de Asistencia de Emergencia al Trabajo y la Producción, integrado por los ministros de desarrollo, de economía y de trabajo, además del director de la AFIP.

Este Comité es que deberá definir “con base en criterios técnicos” los hechos relevantes que justifique la inclusión o no de una empresa entre los sujetos beneficiarios del programa de asistencia del DNU 332/2020, dictaminar sobre los pedidos específicos que requieran un tratamiento singular y proponer a la Jefatura de Gabinete todas las medidas conducentes para una mayor eficacia en el cumplimiento de todo lo dispuesto en el DNU 332/2020.

La Jefatura de Gabinete es la que definirá, pero con base en dictamen previo del Comité.

D) Prestaciones por desempleo

En el DNU 332/2020 se eleva el importe de las mismas a un mínimo de \$ 6.000 y un máximo de \$ 10.000, con carácter temporal, por el período que determine la Jefatura de Gabinete.

IV. Conclusiones

Evidentemente se trata de un esfuerzo del Estado para evitar una crisis económica aún mayor e incontrolable. Los resultados se verán con el tiempo.

Del juego de las diferentes normas debe entenderse que:

- Los despidos sin justa causa o por las causales de fuerza mayor o falta o disminución de trabajo se encuentran terminantemente prohibidos por 60 días

desde la publicación en el Boletín Oficial (31/03/2020), al punto de no poder acordarse los mismos ante la autoridad de aplicación;

- las suspensiones por fuerza mayor, falta o disminución de trabajo se encuentran prohibidas por igual período *salvo negociación ante la autoridad de aplicación*;
- del espíritu de la norma parece desprenderse que dicha negociación debe requerir no solo la obligada intervención ministerial (conforme texto Ley 24.700 en Boletín Oficial) sino la de la organización sindical, aunque la intervención de esta última no aparece en forma clara;
- en la medida en que el segundo párrafo del art. 3 del DNU 329/2020 remite al art. 223 bis, LCT, y no al procedimiento de la Ley 24.013, debiera entenderse que en caso de falta de acuerdos la empresa no puede suspender, ya que ahí regiría plenamente el primer párrafo del art. 3;
- la calificación de “*asignación no remunerativa*” en la norma constituye un lamentable resabio de la construcción jurídica de la década del noventa, entrando en contradicción con el Convenio 95 OIT, pero no es así con cualquier *acuerdo colectivo* que, sin esa calificación, y con carácter temporal y sustento en la emergencia, y la debida homologación por la autoridad, permita el pago de los salarios con una quita o suspensión parcial de aportes;
- las empresas de menos de 100 trabajadores que acuerden suspensiones sufrirán condicionamientos en la ayuda económica que pudieran tramitar en el marco de los mecanismos del DNU 332/2020;
- las empresas de más de 100 trabajadores que acuerden suspensiones quedarían excluidas de la ayuda económica que pudieran tramitar en el marco del DNU 332/2020, conforme la remisión del mismo a la Resolución 25/2018 del Ministerio de Producción y Trabajo.

Las futuras reglamentaciones darán probablemente un poco más de transparencia y claridad a los mecanismos que va adoptando el Poder Ejecutivo Nacional en la emergencia.

La ambigüedad probablemente intencional utilizada en el DNU 329/2020 para prohibir y a la vez permitir suspensiones, posiblemente con la intención de evitar o reducir costos políticos, no parece constituir una buena forma de respuesta a la emergencia, en la medida en que se suma confusión y se abre la puerta a posibles conflictos.

La actuación de la administración en los casos concretos irá permitiendo interpretar estas normas en la praxis, más allá de la propia posición doctrinaria, pero obviamente siempre quedando a salvo el recurso a la justicia del trabajo. Aunque es posible que -aun dentro de las enormes dificultades de la etapa- la mayor garantía resida en la propia organización de los trabajadores.

LA PRÓRROGA DEL ESTADO DE AISLAMIENTO SOCIAL PREVENTIVO Y OBLIGATORIO Y SUS CONSECUENCIAS EN EL UNIVERSO DEL TRABAJO

por José I. BORRUTO¹

RC D 1537/2020

Se realiza un breve resumen de las modificaciones en el régimen actual de trabajo en nuestro país que se dieron con motivo de la prórroga del estado de Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio, y como consecuencia de la lucha que se viene dando por evitar el avance de la pandemia producida por COVID-19 en nuestro Argentina.

I. El estado de situación

Con ya es sabido, con motivo del avance de la pandemia producida por el COVID-19, el Estado Nacional se ha visto en la obligación de dictar una amplia cantidad de medidas tendientes a evitar la propagación del virus, y así salvaguardar la salud de todos y cada uno de los habitantes de la nación Argentina.

En este contexto, y como producto de las medidas adoptadas, el sistema productivo de nuestro país ha sufrido, sufre y sufrirá, consecuencias negativas que sin duda alguna afectarán en forma inmediata sobre el universo de los trabajadores y trabajadoras, que cuentan con la lamentable particularidad, de ser el eslabón más frágil de esta cadena productiva, por lo que requiere especial atención y una insoslayable intervención por parte del Estado, a los fines de blindar y reforzar esta unión, y de esta manera procurar dar la protección necesaria para evitar su ruptura.

El DNU 297/2020, que decretó el estado de “Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio” (ASPO), desde la fecha de su dictado y, hasta el 31 de Marzo inclusive, en su art. 8, dispuso que durante la vigencia del estado de ASPO, los trabajadores y trabajadoras del sector privado, tendrán derecho al goce íntegro de sus ingresos habituales, en los términos que establezca el Ministerio de Trabajo Empleo y Seguridad Social (MTEySS).

Así, es que el MTEySS dictó la Res. 219/2020 el 20 de Marzo de 2020, que fuera posteriormente derogada y reemplazada por la Res. 279/2020 publicada en el Boletín Oficial el 1 de Abril de 2020, como consecuencia de la prórroga del estado de ASPO (hasta el 12 de Abril de 2020) dispuesta mediante DNU 325/2020 del 31 de Marzo 2020.

1 Abogado en ejercicio de la profesión, egresado de la Universidad de Buenos Aires con certificado de orientación en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Director del Instituto de Derecho Laboral del Colegio de Abogados del Departamento Judicial de Junín, Provincia de Buenos Aires. Docente de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la Universidad Nacional del Noroeste de la Provincia de Buenos Aires. Cursando la Especialización en Derecho Laboral de la Universidad Nacional de Rosario.

Digo reemplazada, ya que esta nueva resolución 279, si bien en su art. 7 deroga la anterior 219, en su art. 8 establece que la misma comenzará a regir “Desde la entrada en vigencia de la Resolución N° 219...”, por lo que debemos interpretar que las condiciones que anteriormente establecía la Res. 219, han sido reemplazadas por la actual Res. 279 con plena vigencia retroactiva desde el pasado 20 de marzo de 2020.

Y para comprender el motivo del dictado de esta nueva resolución que reemplaza la anterior, es menester analizar algunas consideraciones de la ya derogada Res. 219/2020.

II. El problema de la compensación de carácter no remunerativo. Situación de desigualdad

La Res. 219/2020 establecía que todos los trabajadores y trabajadoras que sus tareas les permitan desarrollarlas mediante la modalidad de teletrabajo o home office, y acuerden con el empleador el modo de realización, percibirán su remuneración habitual, mientras que, para todos aquellos trabajadores y trabajadoras que por sus tareas resulte imposible la implementación de esta tipología de trabajo, se establece que percibirán una compensación de carácter no remunerativo con excepción de la obligación de contribuir al sistema nacional del seguro de salud (obras sociales), como asimismo al instituto nacional del servicio de salud para los jubilados y pensionados (PAMI).

Esta era una disposición análoga al art. 223 bis de la LCT, con la salvedad de que la causal que funda dicha situación (fuerza mayor y falta o disminución de trabajo como consecuencia de la determinación del ASPO) se encontraba expresamente establecida por DNU, lo que tornaba innecesario la carga de comprobar, de acordar individual o colectivamente, como asimismo de homologar ante la autoridad de aplicación.

Y he aquí el primer punto de conflicto. Esta situación de diferenciación entre aquellos trabajadores y trabajadoras que continuaban prestando tareas, ya sea por resultar personal esencial, o por tener la posibilidad de que éstas puedan ser desarrolladas mediante el teletrabajo o home office, y aquellas que estaban impedidas de hacerlo, es decir que no realizaban contraprestación de tarea alguna, generaba una situación de desigualdad absoluta que provocaría que los trabajadores y trabajadoras que NO prestaban ningún tipo de tarea, “perciban” un mayor ingreso que aquellos que efectivamente cumplían con su débito laboral.

Y ello era así, atento que al establecer el carácter no remunerativo de las sumas percibidas por aquellos trabajadores y trabajadoras que no prestaren tareas, no se debía retener el porcentaje sujeto a Aportes a la Seguridad Social, ni aportes sindicales. Situación que sí ocurriría con aquellos trabajadores y trabajadoras que efectivamente las prestaren, lo que generaba una desigualdad que necesariamente debía ser salvada.

Por ello, en la nueva Res. 279/2020 ninguna referencia hay respecto al carácter

de los ingresos entre quienes presten efectivamente tareas y quiénes no, debiendo liquidarse y abonarse las remuneraciones de forma habitual, quedando resuelto el desequilibrio que se había generado anteriormente.

Este también puede haber sido un posible motivo por el cual, la Res. 279/2020 establece que comenzará a regir desde el 20 de Marzo de 2020, en un intento por evitar a tiempo que se liquiden y abonen los salarios del mes de Marzo con esta injusta particularidad.

III. Beneficios que se quitaron por resolución retroactiva. Posible conflicto

Por otro lado, y con apoyo en el concepto de exigencias excepcionales de la economía nacional, ambas resoluciones del MTEySS en análisis, facultan al empleador a reorganizar la jornada de trabajo a efectos de garantizar la continuidad de la producción de las actividades declaradas esenciales en condiciones adecuadas de salubridad, sin que ello signifique incurrir en un uso abusivo de la facultad del *ius variandi*, conforme art. 66 de la LCT.

Y encontramos una nueva diferencia entre la Res. 219/2020 y la Res. 279/2020, atento que la primera contemplaba la situación prevista en el art. 203 de la LCT respecto a las horas suplementarias y establecía, además, que los importes que se abonaren en concepto de horas suplementarias, tendrían, para el empleador, un beneficio del 95% respecto a las contribuciones al SIPA que deban realizarse conforme lo establecido en el art. 19 de la Ley 27.541, Ley de Solidaridad dictada el pasado 23 de Diciembre de 2019.

Esta última situación, referida a las horas suplementarias, ya no se encuentra regulada en la Res. 279/2020, por lo que las horas extras contribuirán de manera habitual todas las cargas sociales. Hay aquí un problema, ya que el empleador puede haber tomado la decisión de organizar su actividad empresarial con la realización de horas suplementarias atento el beneficio que la primera resolución establecía, y, que ahora 11 días después, ya habiéndose realizado dichas horas, al momento de abonarlas, esos beneficios del 95% de las contribuciones al SIPA ya no existen más, debiendo abonar el 100 % sobre ello, atento el carácter retroactivo de la nueva resolución.

Lo mismo ocurre con el otro punto que establece la autoridad administrativa mediante el dictado de ambas resoluciones, donde le asigna el carácter de contratación extraordinaria y transitoria, en los términos del art. 99 de la LCT (contrato de trabajo eventual), a aquellas que resulten necesarias durante el tiempo que dure el estado de ASPO. Entendemos aquí que el empleador deberá cumplir con los recaudos que esta modalidad contractual requiere para evitar futuras nulidades.

Pero se diferencian entre si, atento que la Res. 219 determinaba un beneficio para los empleadores que incorporaren trabajadores bajo esta modalidad y durante este periodo de ASPO, otorgando una reducción del 95% respecto a las contribuciones al SIPA que se deban conforme lo establecido en el art. 19 de la Ley 27.541,

Ley de Solidaridad, situación que la nueva Res. 279/2020 ya no dispone, por lo que podríamos incurrir en la misma situación planteada respecto a las horas suplementarias, atento que los empleadores que optaron por contratar trabajadores bajo esta modalidad, en virtud del beneficio otorgado primeramente, el que ahora ha desaparecido y deberá contribuir el 100% de sus obligaciones previsionales y sindicales, atento el carácter retroactivo de esta resolución.

Esta quita del beneficio, tanto en lo relativo a las horas suplementarias como a las nuevas contrataciones eventuales, se encuentran justificadas, por resultar absorbidas por el nuevo DNU 332/2020 de fecha 1 de abril de 2020, en el que se crea el Programa de Asistencia de Emergencia al Trabajo y la Producción, para empleadores y empleadoras, y trabajadores y trabajadoras afectados por la emergencia sanitaria, del que no entraremos en análisis con el fin de no desvirtuar el propósito de este artículo, pero que resulta necesario traer a colación ya que el mismo otorga importantes beneficios a las empresas en este contexto y se hace cargo del pago de parte de la remuneración de los trabajadores afectados.

IV. Licencias ordinarias. Vacaciones y descansos. ¿Un vacío que se llena?

Otro punto por demás de interesante, se produce atento la nueva Res. 279/2020 establece que la abstención de concurrir a los lugares de trabajo, que implica una prohibición determinada por razones de salud pública en la emergencia, no constituye un día de descanso, vacacional o festivo.

De esta forma, se contempla una situación que la Res. 219/2020 no contemplaba, dejando un vacío legal que generaba diferentes interpretaciones, sobre todo respecto al instituto de vacaciones, que luego de derogada la Res. 178/2020 del MTEySS por la Res. 202/2020 del mismo organismo, quedó en una nebulosa de difícil salida.

Respecto a ello, y a los fines de no adentrarme sobre el estudio de este instituto, sólo he de realizar una sola consideración. Y digo, si entendemos que las vacaciones resultan ser el período de tiempo de descanso anual para permitir la recuperación física y psíquica del trabajador y/o la trabajadora, como así también, que durante este período, el trabajador y/o la trabajadora pueda disfrutar de períodos de ocio y esparcimiento, mal podría entenderse que durante todo el período de ASPO, que conlleva la prohibición de circular y deambular libremente, pueda permitírsele al trabajador o la trabajadora períodos de ocio y esparcimiento que permitan su recuperación física y psíquica.

Asimismo, de la lectura del art. 6 de la Res. 279/2020 que contempla esta situación, deja un manto de dudas respecto a si esta prohibición también opera para aquellos trabajadores y trabajadoras exceptuados por resultar personal esencial, y ello es así ya que el texto del artículo afirma "...salvo en los casos de excepción..." lo que daría lugar a una interpretación confusa.

Especialmente creo que, por los mismos fundamentos expuestos anteriormente

respecto a la función o el objetivo que tiene el instituto de las vacaciones, esta prohibición a la que hacíamos referencia, debería alcanzar a todos los trabajadores y trabajadoras de la nación, sin distinción alguna, so pena de incurrir en una desigualdad injusta.

Todavía restaría dar respuestas a aquellas situaciones en las que los trabajadores y trabajadoras que estaban gozando de sus vacaciones y en el proceso se encontraron con el decreto del estado de ASPO, como así también aquellas situaciones en las que, si bien los trabajadores y trabajadoras no se encontraban gozando de las mismas, ya habían sido notificados del inicio de las mismas, y coinciden con el período de ASPO.

V. La situación de los trabajadores públicos

Respecto a los trabajadores y trabajadoras de la administración pública corresponde advertir lo siguiente. Primeramente, el DNU 297/2020 dispuso en su art. 9 el otorgamiento de asueto administrativo al personal de la administración pública nacional para los días 20, 25, 26, 27 y 30 de Marzo de 2020, sin perjuicio de la instrucción a los diversos organismos para mantener todas aquellas actividades determinadas esenciales en el marco del art. 6 de dicho decreto.

Luego del dictado del DNU 325/2020 que prorroga este DNU 297/2020, esta situación cambió. En primer término, porque ya no dispone más asuetos administrativos, sino que expresamente indica que todos aquellos trabajadores y trabajadoras que no se encuentren prestando tareas por resultar personal sujeto a actividades esenciales, deberán realizar sus tareas, en tanto ello sea posible, desde el lugar donde cumplan el aislamiento.

Esto significa que cada organismo o dependencia del estado nacional deberá indicar y determinar en su caso las tareas a realizar y evaluar la factibilidad de poder desarrollar estas labores desde el domicilio o lugar donde se encuentre cumpliendo el aislamiento.

Respecto al personal de las dependencias provinciales, municipales y de la CABA, el art. 10 del DNU 297/2020 impone a cada dependencia la obligación de adoptar las medidas necesarias para dar efectivo cumplimiento a lo establecido en el referido decreto

VI. DNU 329/2020. Prohibición de despidos y suspensiones. Breve pero necesaria reseña

Finalmente, no podemos concluir este análisis sin referirnos, aunque sea muy brevemente, al tan esperado, justo y necesario DNU 329/2020 de fecha 31 de marzo de 2020 que prohíbe los despidos sin causa y por las causales de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor por el plazo de 60 días, al igual que las suspensiones por las causales de fuerza mayor o falta o disminución de trabajo, también por 60

días, es decir hasta el 29 de Mayo de 2020 inclusive, con la sola excepción de las suspensiones efectuadas en los términos del art. 223 bis de la LCT.

Pero, no podemos valorar este decreto sin la observación de los considerandos que motivaron y fundaron la toma de decisión, que sin lugar a dudas, y con enorme satisfacción, debemos destacar, ya que colocan al derecho del trabajo, al derecho al trabajo, y a la protección de los trabajadores y trabajadoras en un nivel supremo, haciendo una exquisita referencia al derecho internacional, comenzando con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al art. 14 bis de nuestra Carta Magna, al trabajo emitido por la OIT en fecha 23 de marzo de 2020 sobre “las normas de la OIT y el COVID-19”, la Recomendación 166 del mismo órgano, al Código Civil, y al “señor” de los principios establecido por la CSJN en el fallo “Aquino” en cuanto considera al trabajador o trabajadora como sujetos de preferente tutela constitucional.

VII. Corolario

Entiendo que cuando uno se detiene a analizar y evaluar todas las medidas enunciadas a lo largo de este sencillo artículo, se debe tener especialmente en cuenta, el contexto en el que se han ido resolviendo. Medidas que se han tomado con el devenir de los días, las situaciones locales, regionales y globales, y que poco a poco van reduciendo las zonas grises que puedan generarse en el universo del trabajo. Debemos entender también, que estamos ante una situación extremadamente dinámica, excepcional y de emergencia, donde cada día, a cada hora y cada minuto, surgen nuevas situaciones a las que el estado, desde sus diferentes organismos, tiene que dar respuesta urgente.

EL COVID-19 EN EL ÁMBITO LABORAL Y DE SEGURIDAD SOCIAL EN MÉXICO

por María Ascensión MORALES RAMÍREZ¹

RC D 1654/2020

La autora analiza las diferentes medidas normativas referidas al -Derecho del Trabajo y la Seguridad Social tomadas en México para enfrentar el SARS-CoV2 (COVID-19) tras la declaración de pandemia por la OMS.

I. Contexto

Frente a la inacción del Estado mexicano y ante la omisión de una regulación general o declaratoria para enfrentar el SARS-CoV2 (COVID-19), declarada el 11 de marzo de 2020 por la OMS como un caso de pandemia, la academia, los empleadores y diversos foros debatían sobre las consecuencias de ello en diversos ámbitos, principalmente, respecto de la salud de la población, los trabajadores, las empresas y la economía.

Asimismo, varias empresas empezaron a realizar cierres parciales o totales (algunas, dejando a los trabajadores sin pago de salarios). Otras, tomaron como medidas la reducción de la jornada o los días laborables. Por su parte, algunos gobiernos locales, habían implementado ya la suspensión temporal de ciertas actividades o servicios, así como medidas sanitarias y de sano distanciamiento social. Sin embargo, estas decisiones se tomaron sin fundamento legal cayendo en la improvisación y desorden administrativo ante la ausencia de la respuesta y coordinación del Estado Federal.

En el ámbito laboral se discutía la posible aplicación de la figura de la “contingencia sanitaria” prevista en la Ley Federal del Trabajo (arts. 42 Bis, 427, fracción VII y 429, fracción IV), porque se reconocía que se estaba pasando por esa situación, por ende, procedía suspender las relaciones de trabajo, sin requerir la autorización de un tribunal laboral, con el consecuente pago de una indemnización equivalente a un día de salario mínimo general vigente por cada día de duración de la suspensión de actividades, sin exceder de un mes. La “contingencia sanitaria” se introdujo en la reforma laboral de 2012 como una medida para que la autoridad jurisdiccional del trabajo, respondiera en forma oportuna ante situaciones como la que vivió el país en 2009 con motivo de la influenza A-H1N1.

Ante este panorama, un reclamo general era la instalación del Consejo de Salubridad General, autoridad en materia sanitaria y cuyas disposiciones son obligato-

1 Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México

rias en todo el país y, asimismo, sanciona las medidas de preparación, prevención y control de la epidemia, coordinadas y supervisadas por la Secretaría de Salud (SS), para que realizara la declaratoria formal de contingencia sanitaria como la vía idónea para enfrentar este preocupante problema, así como para decretar, entre otras medidas, la suspensión de las relaciones laborales.

II. Marco normativo

A partir del 23 de marzo de 2020 a través de acuerdos y decretos publicados en el Diario Oficial de la Federación, empezó a configurarse el marco regulatorio de esta situación. Entre los que destacan y tienen implicaciones en materia laboral y de seguridad social, son los siguientes:

a) *Acuerdo del 23 de marzo de 2020*. El Consejo de Salubridad General reconoció la epidemia de enfermedad por el virus SARSS- (COVID-19) como enfermedad grave de atención prioritaria y estableció actividades de preparación y respuesta ante dicha epidemia.

Sin embargo, dicho órgano colegiado en su acuerdo no declaró expresamente una “contingencia sanitaria” ni obligó a la suspensión de las actividades laborales.

b) *Acuerdo del 24 de marzo de 2020 (emisión y sanción)*. La Secretaría de Salud estableció las medidas preventivas que se implementarían para la mitigación y control de los riesgos para la salud que implica la enfermedad virus SARS-CoV2 (COVID-19).

Este acuerdo determinó para el sector público, privado y social las medidas siguientes: a) evitar la asistencia a los centros de trabajo y otros lugares a los adultos mayores de 65 años de edad, así como a los grupos de personas con riesgo a desarrollar la enfermedad (mujeres embarazadas o en periodo de lactancia, personas con discapacidad, con enfermedades crónicas, entre otros grupos vulnerables); b) suspender las actividades escolares en todos los niveles; c) suspender temporalmente, hasta el 19 de abril de 2020, las actividades de todos los sectores que involucren concentración física, tránsito o desplazamiento de personas; d) suspender temporalmente eventos de más de 100 personas; y e) cumplir las medidas básicas de higiene.

Con relación a los aspectos con carácter laboral, se estableció: a) trabajadores vulnerables. el goce de un permiso con salario y demás prestaciones pactadas; b) actividades necesarias: hospitales, clínicas, farmacias, laboratorios, servicios médicos, financieros, telecomunicaciones y medios de información, servicios hoteleros y de restaurantes, gasolineras, mercados, supermercados, misceláneas, servicios de transportes y distribución de gas, siempre y cuando no correspondieran a espacios cerrados con aglomeraciones. En estos casos, las relaciones laborales se mantendrían y aplicarían conforme a los contratos individuales, colectivos o contratos ley que correspondientes, durante el plazo del Acuerdo, en términos de la Ley Federal del Trabajo;

El acuerdo fue fuertemente controvertido por dejar un sinnúmero de dudas. En torno a los permisos para trabajadores vulnerables, se cuestionaba que el evitar acudir al centro del trabajo, no necesariamente implicaba dejar de laborar, con lo cual se atentaba contra los empleadores al obligarles a pagar los salarios íntegros, cuando para algunos lo correcto sería suspender las relaciones laborales y pagar la indemnización correspondiente porque eso lo que hasta el momento está previsto en la ley bajo la figura de la contingencia sanitaria (art. 42 bis).

c) Acuerdo del 30 de marzo de 2020. El Consejo de Salubridad General declara como “emergencia sanitaria por causa de fuerza mayor”, a la epidemia de enfermedad generada por el virus SARS-CoV2 (COVID-19), la cual fue reconocida como “enfermedad grave de atención prioritaria”, entendiendo por esta aquella que sea causa de emergencia o atente contra la seguridad nacional y que justifica su atención prioritaria.

Igualmente, este acuerdo fue motivo de debate por dar lugar a diversas interpretaciones. Para algunos, si bien el Consejo no había utilizado la expresión “contingencia sanitaria” prevista en la ley laboral, en la vía de los hechos, se trataba de dicha figura, por ende, correspondía suspender las relaciones laborales y pagar la indemnización de un día de salario mínimo general vigente por cada día de duración de la suspensión de actividades, sin exceder de un mes. Sin embargo, funcionarios públicos de alto rango se encargaron de aclarar que no se trataba de dicha figura, por tanto, los empleadores tendrían que pagar el salario completo a sus trabajadores el tiempo de duración del estado de emergencia, o en caso contrario, se aplicarían las sanciones respectivas: multas, clausuras o arrestos.

En el fondo está el hecho de que la causa de fuerza mayor si bien también es una causa de suspensión de las relaciones de trabajo, a diferencia de la contingencia sanitaria requiere de la *aprobación* posterior de la autoridad laboral correspondiente y, en su caso, el pago de los salarios completos. Empero, también puede darse el caso, de que la empresa termine la relación de trabajo y cubra las indemnizaciones correspondientes (3 meses de salario, prima de antigüedad y 20 años por servicios). En este momento, el uso de la causa de fuerza mayor tiene como objeto proteger a los trabajadores que en su gran mayoría perciben entre uno y tres salarios mínimos, pero por otro lado, se olvida que las empresas pequeñas y medianas son las empleadoras en el país y también han resultado afectadas por la situación, sin que hasta la fecha se prevea ningún apoyo económico para éstas.

d) *Acuerdo del 31 de marzo de 2020*. La Secretaría de Salud estableció medidas extraordinarias para atender la emergencia sanitaria generada por el virus SARS-CoV2. Entre tales medidas, ordenó:

1. Suspensión inmediata de las actividades no esenciales del 30 de marzo (des un día anterior al acuerdo) al 30 de abril;

2. Continuación de actividades esenciales: a) la rama médica, salud, su abasto, servicios, la limpieza y sanitización que permitan atender la emergencia sanitaria;

b) seguridad pública: defensa de la integridad y soberanía nacional; procuración e impartición de justicia; actividad legislativa federal y estatal; c) sectores fundamentales de la economía: financieros; tributarios, energéticos, gasolineras y gas; agua potable; alimentos, telecomunicaciones, logística (aeropuertos, puertos y ferrocarriles), entre otros, así como actividades cuya suspensión pueda tener efectos irreversibles para su continuación; d) operación de los programas sociales del gobierno, y e) conservación, mantenimiento y reparación de la infraestructura de servicios esenciales.

3. En estos supuestos, se debe evitar las concentraciones mayores de 50 personas y las actividades de trabajadores vulnerables.

Este acuerdo dio un giro total al anterior emitido por la propia Secretaría de Salud ya que ordenó la *suspensión de todas las actividades*, salvo las esenciales, pero no así la *suspensión de las relaciones de trabajo*, obligando con ello a las empresas a continuar pagando a los trabajadores sus salarios y demás prestaciones, so pena de que sean objeto de sanciones, confirmando la aplicación de la “emergencia por fuerza mayor” y no la “contingencia sanitaria”. Ante la imposibilidad, por el momento, para las empresas de tramitar el procedimiento para solicitar la “suspensión de la relación de trabajo” y, en su caso, que la autoridad laboral se las conceda, en la práctica se ha considerado que lo conveniente es celebrar convenios con los trabajadores.

III. Seguridad social

Acuerdo 147/2020 del 25 de marzo de 2020 aprobado por el Consejo Técnico del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), para conceder un permiso especial (incapacidad) por contingencia epidémica a los afiliados al régimen obligatorio. Tal acuerdo consideró dos tipos:

a) *Incapacidad por enfermedad general*. Cuando el asegurado tenga los síntomas, tramitará el permiso especial en línea, a través de la plataforma digital del IMSS, llenará un formato y contestará un cuestionario (diagnóstico electrónico). Si los síntomas no son de riesgo se emite una recomendación de cuidados de salud. Si los síntomas son con riesgo (graves o duren más de los 14 días o se agraven), el asegurado será enviado a la Unidad Médica para evaluación y se notifica al empleador. La incapacidad será por 14 días, tiempo que dura el cuadro leve por COVID-19 a razón del 60% del salario de cotización (aunque sólo 11 serán con pago) y se asignará al trabajador una clave bancaria para el depósito y cobro del subsidio. La medida tiene como objetivo, evitar que el trabajador realice la visita al médico, permanezca en su casa y, de esta forma, evitar la propagación del contagio.

b) *Incapacidad por riesgo de trabajo*. Si el trabajador se contagia en su fuente de trabajo o laborando, la incapacidad de los 14 días será con pago de salario íntegro. El subsidio se puede prorrogar en caso de que el caso sea más grave.

En ambos, casos, por mensajería, se enviaría al afectado un equipo (cubre-bocas,

alcohol-gel, antiséptico bacteriano y termómetro) para que los familiares del enfermo no se contagien. Igualmente, se proporcionará un instructivo titulado “Cómo cuidar a un enfermo de COVID-19 en casa”.

IV. Comentarios finales

Ante el retraso en dictar las normas regulatorias, los trabajadores enfrentaron un tratamiento diferenciado. Establecido el marco normativo, independientemente de la justicia de algunas medidas (el pago de salarios y prestaciones por la suspensión de actividades) o el exceso de otras, lo cierto es que se ha incidido en la legalidad y en el Estado de Derecho al dictarse disposiciones por autoridades sin facultades en materia laboral. Hasta el 8 de abril de 2020, se han perdido 346.000 empleos y el gobierno federal no ha emitido acciones para el apoyo económico de las pequeñas y medianas empresas que son las que generan el empleo en el país y tampoco las ha eximido de cargas tributarias ni del pago de las cotizaciones a la seguridad social.

