

El curioso caso de una 'presunción' que presume ... pero no mucho - El DNU 39/2021: El coronavirus como enfermedad profesional

Autor:

Ramírez, Luis Enrique

Cita: RC D 184/2021

Encabezado:

Desde que se declaró la pandemia del coronavirus, con enormes restricciones a la circulación de personas y al uso del transporte público, por obvias razones, se abrió el debate sobre la naturaleza de la enfermedad, en los casos de trabajadores/as obligados/as a concurrir a sus puestos de trabajo, por pertenecer a actividades consideradas “esenciales” para la comunidad. Para el autor, estos trabajadores/as deben asumir un riesgo para su vida y su salud, como consecuencia directa y necesaria de su contrato de trabajo. Es en este marco que el gobierno ha dictado los DNU 367/2020 y 39/2021, reconociendo ese nexo de causalidad e incorporando la contingencia al sistema de la Ley de Riesgos del Trabajo. Para ello ha recurrido a establecer una presunción legal: que para aquellos el contagio se produce por el hecho o en ocasión del trabajo, motivo por el que la patología debe ser considerada como una enfermedad profesional “no listada”, en los términos del art. 6 de la LRT. Lo curioso, dice el artículo publicado, es que esa presunción tiene una existencia breve y precaria, lo que resultaría ilógico.

Sumario:

1. Antecedentes. 2. ¿Qué dice el DNU 39/2021? 3. ¿Qué clase de presunción es la del art. 7 del DNU 39/2021? 4. La ley de probabilidades y el coronavirus. 5. El concepto de “enfermedad profesional” se apoya en presunciones, que a su vez se fundamentan en la ley de las probabilidades.

El curioso caso de una 'presunción' que presume ... pero no mucho - El DNU 39/2021: El coronavirus como enfermedad profesional

1. Antecedentes

El **DNU 367/2020**, del 13 de abril de 2020, dispuso que el coronavirus se consideraría “presuntivamente” como una enfermedad profesional “no listada”, en el marco de la Ley de Riesgos del Trabajo 24557, respecto de los trabajadores excluidos del Aislamiento Social, Preventivo y Obligatorio (ASPO), ordenado por el DNU 297/2020, y que realizaban actividades declaradas formalmente “esenciales”.

El DNU en cuestión decía que se trataba de una medida provisoria, que regiría mientras durara el ASPO y hasta 60 días más (art. 4). La provisionalidad tenía cierta lógica, si la presunción estaba vinculada con la existencia de la pandemia, que a su vez explicaba el ASPO.

Se advierten claramente dos requisitos o presupuestos para que funcione la presunción de que la enfermedad contraída por el trabajador era “profesional”: a) que estuviera vigente el ASPO (y hasta 60 días más); y b) que el trabajador se desempeñara en actividades declaradas formalmente “esenciales”. Pero con el tiempo se fueron flexibilizando las restricciones a la circulación de las personas, pasándose en varias ciudades o regiones al Distanciamiento Social, Preventivo y Obligatorio (DISPO), a la vez que cada vez más actividades eran autorizadas a funcionar, aunque no fueran “esenciales”. Aparecieron así muchos casos en los que las ART rechazaban la cobertura, por considerar que no se cumplía con los requisitos que hemos apuntado, lo que era, a mi criterio, injusto y muchas veces arbitrario.

2. ¿Qué dice el DNU 39/2021?

Con la evidente intención de solucionar la situación que hemos planteado precedentemente, el art. 7 de este

DNU también establece que se considerará "presuntivamente" que el coronavirus es un enfermedad profesional "no listada", pero ahora respecto de la **"totalidad"** de los trabajadores incluidos en la Ley de Riesgos del Trabajo **"que hayan prestado efectivamente tareas en sus lugares habituales, fuera de su domicilio particular"**.

Es fácil advertir que la nueva norma ha ampliado significativamente el ámbito de aplicación de esta presunción, ya que han desaparecido los dos requisitos que condicionaban la aplicación del DNU 367/2020: no hace falta que se trate de un trabajador "esencial", ni que esté vigente el ASPO.

El art. 7 del DNU 39/2021 dice que rige durante 90 días corridos, a contar desde el 23/01/2021, o sea hasta fines de abril 2021, pero se autoriza al Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación a disponer su prórroga (art. 8).

3. ¿Qué clase de presunción es la del art. 7 del DNU 39/2021?

Primero es oportuno aclarar qué es una "enfermedad profesional", para poder entender cómo pueden funcionar en este tema las presunciones. Se trata de una enfermedad que, en principio, tiene como causa un riesgo específico de la actividad o tarea que desarrolla el trabajador. La lógica, la experiencia y las estadísticas nos permiten establecer que determinadas tareas, ya sea por las condiciones en las que se desarrollan o por los materiales con los que se trabajan, tienen la capacidad de provocar ciertas patologías.

La Ley de Riesgos del Trabajo 24557, como sabemos, establece que el sistema, además de los accidentes laborales, debe cubrir las enfermedades profesionales. La cuestión es que sólo reconoce a las que están en un Listado de Enfermedades Profesionales (art. 6), que fuera aprobado mediante el Decreto 658/1996, si bien desde el año 2000 se autorizó la "apertura" del mismo, pero con un procedimiento muy complicado, rara vez usado, y para cada caso particular (Decreto 1278/2000), a punto tal que pocas veces se incorporaron nuevas enfermedades laborales.

Ahora, la aparición del coronavirus, enfermedad desconocida al confeccionarlo y que ha derivado en una gravísima pandemia, originó un gran debate, ante la negativa de las ART de reconocerlo como posible enfermedad profesional. El DNU 367/2020 intentó dar una respuesta a esta situación, estableciendo que, para cierto sector de trabajadores, el contagio con el coronavirus se "presume" que es una enfermedad profesional. Se refería, como hemos dicho, a los que estaban excluidos del "aislamiento social, preventivo y obligatorio" y que, además, debían trabajar por estar afectados a actividades consideradas como "esenciales" (art. 1). Ello significaba que las ART sólo podrían negarse a aceptar la cobertura de la enfermedad, si podían probar que el trabajador no la contrajo con motivo o en ocasión del trabajo (art 2), lo que resulta bastante improbable.

Realizada la denuncia de la enfermedad, la aseguradora debía brindar de inmediato las prestaciones médicas y farmacéuticas que fueran necesarias y adecuadas a esta patología. La Resolución SRT 38/2020 (BO del 29/04/2020) estableció, en su art. 1, que la denuncia ante la ART, en este caso, la debían realizar el trabajador o sus derechohabientes, acompañando un diagnóstico de COVID-19 positivo expedido por alguna institución sanitaria incluida en el REFES (Registro Federal de Establecimientos de Salud), una descripción de las tareas o funciones cumplidas durante el ASPO y una constancia del empleador sobre la afectación del trabajador a la prestación de servicios declarados esenciales por la normativa vigente.

Lo llamativo de esta "presunción" legal es que era provisoria en un doble sentido: a) tenía un plazo de vida (mientras estuviera vigente el ASPO y 60 días más); y b) que operaba sólo en la primera etapa de la cobertura que brindaba el sistema, o sea durante la incapacidad laboral temporaria. Así resultaría de los arts. 2 y 3 del DNU 367/2020. El primero obligaba a las aseguradoras a dar las prestaciones del sistema ante la denuncia de la enfermedad y la presentación del diagnóstico "emitido por entidad debidamente autorizada", pero el siguiente le otorga a la Comisión Médica Central (CMC) la atribución de realizar "la **determinación definitiva** del carácter profesional de la mencionada patología", en aparente alusión a la etapa posterior al alta médica con incapacidad, o al fallecimiento de la víctima.

Fenece entonces en esta etapa la "presunción" a favor de la víctima, la que debería probar ante la CMC "la imprescindible y necesaria relación de causalidad directa e inmediata de la enfermedad denunciada con el

trabajo efectuado", lo que a todas luces significa poner en cabeza del trabajador una prueba diabólica, en el marco de un proceso kafkiano, constituyendo un verdadero eufemismo para decir que, en realidad, en esta etapa se termina la cobertura. Es decir que de indemnizaciones, ni hablar.

La CMC sólo puede invertir esta carga probatoria de la relación de causalidad, "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 DNU 367/2020.

El DNU 39/2021, si bien extiende el universo de trabajadores comprendidos en esta "presunción" de que el coronavirus es una enfermedad profesional, como se dijo más arriba, mantiene este esquema de provisionalidad y corta vida de ella, ya que su art. 7 remite expresamente a los arts. 2 y 3 del DNU 367/2020.

La Resolución SRT 10/2021, del 12/03/2021, ha reglamentado el procedimiento para el reconocimiento de la contingencia COVID-19, terminando de estructurar un ordenamiento normativo destinado sutilmente a rechazar la inmensa mayoría de las denuncias, basado en el ardid de pretender que la víctima deba probar "la imprescindible y necesaria relación de causalidad directa e inmediata de la enfermedad denunciada con el trabajo efectuado". El sentido común nos dice que esto es de casi imposible cumplimiento.

4. La ley de probabilidades y el coronavirus

Esto me obliga a insistir^[1] en que, más allá de lo establecido en estos DNU, siguen existiendo presunciones a favor del trabajador contagiado con el coronavirus, emanadas de la lógica y el sentido común, ya que se ha visto obligado a someterse a los riesgos de los traslados en transporte público y a la normal aglomeración en los lugares de trabajo. La ley de probabilidades dice que es más que posible que ese trabajador se haya contagiado por el hecho o en ocasión del trabajo (LRT, art. 6), que en otras circunstancias. El art. 3 del DNU 367/2020 establece que la Comisión Médica Central puede considerar como una presunción a favor del trabajador, la existencia de "un número relevante de contagiados" en la misma actividad. Pero ello no permite descartar otras presunciones, como se dijo precedentemente.

Reitero en esta oportunidad que la llamada "ley de la probabilidad" es una teoría de las ciencias matemáticas que estudia fenómenos aleatorios, que se contraponen a los fenómenos deterministas. Pretende establecer, científicamente, que un suceso es más probable que ocurra que otro. En nuestro caso, por ejemplo, si un trabajador que es "esencial", que se desplaza mediante transporte público y presta servicios dónde hay aglomeración de personas, durante gran parte del día, tiene muchas más probabilidades de contagiarse con el coronavirus, que en cualquier otra circunstancia de su vida. La "probabilidad" es la característica de un determinado evento, que hace que existan razones objetivas para creer que se producirá.

El coronavirus integra una amplia familia de virus que pueden causar diversas afecciones, y que se propaga con una inusitada velocidad. Lo conocemos como el COVID-19 y no hay espacio o sector social que sea ajeno a esta enfermedad. Es cierto que, en un sentido estricto, no es una "enfermedad profesional", ya que no es un riesgo específico de ninguna actividad en particular, salvo, claro está, la de los profesionales y trabajadores de la salud, que puedan tener contacto con pacientes que se hayan contagiado, o con material contaminado. Pero no es menos cierto que el mundo laboral está muy lejos de ser ajeno a esta enfermedad, ya sea por la aglomeración de personas que en general se da en las fábricas y oficinas, como por el uso del transporte público que hace la gran mayoría de los trabajadores. Más todavía si el trabajador atiende público. Sabemos que el virus está presente en secreciones respiratorias, por lo que un estornudo, una tos, un abrazo o un mero apretón de manos, pueden convertirse en un medio de contagio. Además, el virus puede permanecer muchas horas en superficies contaminadas con dichas secreciones. Resumiendo, en todo lugar en el que exista una aglomeración o concurrencia frecuente de personas, existe el riesgo cierto del contagio, como ocurre en cualquier ámbito normal de trabajo.

5. El concepto de "enfermedad profesional" se apoya en presunciones, que a su vez se fundamentan en la ley de las probabilidades

Apoyados en la lógica, la experiencia y las estadísticas, podemos establecer que determinada actividad laboral (por el ambiente o por los elementos que se utilizan) genera el riesgo de que el trabajador pueda contraer ciertas enfermedades. Ante ello, el legislador ha establecido un sistema en el cual al trabajador le bastará con demostrar que padece esa patología y que se desempeña en un ámbito laboral en capacidad para provocarla, para que se presuma que se trata de una enfermedad profesional. Por ejemplo el caso de la brucelosis, que es una enfermedad que pueden contraer todos los que operan con animales o sus derivados. En este caso no será necesario demostrar cuál fue el animal enfermo que provocó el contagio.

Vemos así que en la propia idea de la enfermedad profesional está incorporado el factor "probabilidad": siendo altamente probable que el trabajador se haya enfermado en ocasión de sus tareas, la ley nos permite presumir que se trata de una enfermedad contraída por el hecho o en ocasión del trabajo.

Ahora bien, si se presume que los trabajadores, que en medio de la grave pandemia que nos afecta deben salir a cumplir con sus obligaciones laborales y que se contagien con el COVID-19, padecen una enfermedad profesional, ¿cuál es la lógica para que esa presunción cese al momento de tener que recibir las indemnizaciones previstas en el sistema? La lógica nos enseña que algo no puede ser y no ser simultáneamente. Salvo que la lógica que se aplique sea la de preservar la rentabilidad del sistema, y no la de reparar los daños sufridos por la víctima.

[1]

Ver mi trabajo "El coronavirus como enfermedad profesional: del ASPO al DISPO y la teoría de la probabilidad", en Rubinzal Culzoni, www.rubinzalonline.com.ar, RC D 3327/2020.