

COVID-19 Y DERECHO

DERECHO LABORAL

CONTRATO DEL TRABAJO • ACCIDENTES Y RIESGO
DEL TRABAJO • SEGURIDAD SOCIAL

AUTORES:

BALBÍN, Adolfo N.
BARREIRO, Diego A.
BERTAZZI, Juan Carlos
COUCEYRO, Karina V.
CURUTCHET, Eduardo E.
DONZINO, Mariano J.
ETALA, Carlos Alberto
FORMARO, Juan J.
FERA, Mario S.
FOGLIA, Ricardo A.
FONTÁN, Oscar Alonso
GARCÍA VIOR, Andrea E.
LALANNE, Julio E.
LITTERIO, Liliana H.
MEILAN, Agustín
OYOLA, Raúl A.
PEREYRA, Lucas

Junio 2020

THOMSON REUTERS

LA LEY

ISSN: 0024-1636
RNPI: En trámite
Suplemento del Diario La Ley

Todos los derechos reservados
© **La Ley S.A. Editora e Impresora**

Dirección, administración y redacción
Tucumán 1471 (C1050AAC)
laley.redaccionjuridica@tr.com

Ventas
CASA CENTRAL
Tucumán 1471 (C1050AAC)
Tel.: (011) 4378-4700 / 0810-266-4444

LOCAL I FACULTAD DE DERECHO - UBA
Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB)
Tel. / Fax: (011) 4806-5106

Atención al cliente: 0810-266-4444

Buenos Aires - Argentina

*Hecho el depósito que establece la ley 11.723.
Impreso en la Argentina. Printed in Argentina.*

Nota de la Dirección: Las opiniones vertidas en los comentarios firmados son privativas de quienes las emiten.

COVID-19 Y DERECHO

DERECHO LABORAL

CONTRATO DEL TRABAJO • ACCIDENTES Y RIESGO
DEL TRABAJO • SEGURIDAD SOCIAL

AUTORES:

BALBÍN, Adolfo N.
BARREIRO, Diego A.
BERTAZZI, Juan Carlos
COUCEYRO, Karina V.
CURUTCHET, Eduardo E.
DONZINO, Mariano J.
ETALA, Carlos Alberto
FORMARO, Juan J.
FERA, Mario S.
FOGLIA, Ricardo A.
FONTÁN, Oscar Alonso
GARCÍA VIOR, Andrea E.
LALANNE, Julio E.
LITTERIO, Liliana H.
MEILAN, Agustín
OYOLA, Raúl A.
PEREYRA, Lucas

Junio 2020

THOMSON REUTERS
LA LEY

DIRECCIÓN ACADÉMICA

Mónica Pinto

COMITÉ HONORARIO

Agustín Gordillo
Aída Kemelmajer
Alberto J. Bueres
Carlos Etala

Cecilia Grosman
Eugenio Bulygin
Eugenio R. Zaffaroni
Héctor Alegria

José Tobías
Julio C. Rivera
Nelly Minyersky
Noemí Lidia Nicolau

COMITÉ ACADÉMICO

Administrativo

Carlos F. Balbín
Fernando R. García
Pullés
Ernesto A. Marcer
Guido Santiago Tawil

Constitucional

Alberto B. Bianchi
Roberto Gargarella
María Angélica Gelli
Juan V. Sola

Internacional Privado

María Susana Najurieta
Alfredo Mario Soto
María Elsa Uzal

Internacional Público

Susana Ruiz Cerutti
Silvina González Napolitano
Raúl Vinuesa

Familia

Carlos Arianna
Luis Ugarte
Adriana Wagmaister

Civil

Carlos Hernández
Sebastián Picasso
Sandra Wierzba
Diego Zentner

Penal

Mary Ana Beloff
Alberto Edgardo Donna
Daniel Pastor

Laboral

Mario Ackerman
Adrián Goldin
Julio César Simón

Comercial

Rafael Mariano Manóvil
Horacio Roitman

Filosofía

Ricardo Guibourg
Rodolfo Vigo

Derechos Humanos

Laura Giosa
Roberto Saba

Ambiental

Néstor Cafferatta
Leila Devia
Silvia Nonna

COMITÉ EDITORIAL

Penal

Fernando Córdoba
Fernando Díaz Cantón
Ivana Bloch
Marcelo Ferrante
Marcos Salt
Marcelo Sgro

Criminología

Gabriel Ignacio Anitua
Matías Bailone
Máximo Sozzo

Familia

Silvia Eugenia Fernández
Eleonora Lamm
Ida Scherman

Civil

Carlos Calvo Costa
Luis Daniel Covi
María Victoria Famá
Adriana Krasnow
Luis F. P. Leiva Fernández
Carlos Parellada
Máximo Gonzalo Sozzo

Laboral

Lucas Caparrós
Juan Pablo Mugnolo
Claudia Priore

Constitucional

María Gabriela Ábalos
Marcela Basterra
María Laura Clérico
César Sebastián Vega

COMITÉ EDITORIAL *(Continuación)*

Internacional Público

Emiliano Buis
Alejandro Chehtman
Natalia Luterstein
Nahuel Maisley

Internacional Privado

Paula María All
Nieve Rubaja
Luciana Scotti

Administrativo

Alfonso Buteler
María Paula Renella
Susana Vega

Comercial

Hugo Acciarri
Pablo Heredia
Lorena Schneider
Pamela Tolosa

Filosofía

Marcelo Alegre
Claudio Eduardo
Martyniuk
Renato Rabbi-Baldi
Cabanillas

Derechos Humanos

Leonardo Filippini
Calógero Pizzolo
Silvina Zimerman

Ambiental

Mariana Catalano
José Esaín

Director Editorial

Fulvio G. Santarelli

Jefa de Redacción

Yamila Cagliero

Editores

Nicolás R. Acerbi Valderrama
Florencia Candia
Elia Reátegui Hehn
Marlene Slattery

CONTRATO DE TRABAJO

¿Es constitucional la norma que impone a los empleadores privados el pago íntegro de sus remuneraciones a los trabajadores afectados por el aislamiento preventivo y obligatorio? <i>Carlos Alberto Etala</i>	3
Acerca de la constitucionalidad del decreto de necesidad y urgencia que prohíbe los despidos y las suspensiones en el marco de la crisis del COVID-19 <i>Adolfo N. Balbín</i>	6
Las relaciones de trabajo en épocas de pandemia. Análisis de un rompecabezas normativo en un contexto de incertidumbre <i>Mariano J. Donzino - Juan Carlos Bertazzi</i>	19
Un nuevo escenario para el derecho del trabajo argentino. Reflexiones a partir de la pandemia, el aislamiento social y los cambios normativos <i>Mario S. Fera - Karina V. Couceyro</i>	32
La estructura de la normativa laboral elaborada para la emergencia por el coronavirus <i>Ricardo A. Foglia</i>	44
<i>luz variandi</i> , rebajas salariales y teletrabajo en la era del COVID-19 <i>Andrea E. García Vior</i>	55
Prohibición de despedir: análisis jurídico del DNU 329/2020 <i>Julio E. Lalanne</i>	65
El período de prueba y la prohibición de despedir <i>Agustín Meilan</i>	72
La entrega “esencial” de productos a domicilio por parte de trabajadores plataforma-dependientes durante la pandemia del coronavirus <i>Liliana H. Litterio</i>	75

Requisitos y procedimiento para la homologación de los acuerdos celebrados en el marco del art. 223 bis, LCT <i>Ricardo A. Foglia - Maira C. Rita</i>	80
--	----

ACCIDENTES Y RIESGOS DEL TRABAJO

El derecho de daños laborales y el coronavirus. Reglas generales para la cobertura del COVID-19 y análisis del DNU 367/2020 <i>Juan J. Formaro - Diego A. Barreiro - Eduardo E. Curutchet</i>	93
Los riesgos del trabajo de los trabajadores plataforma-dependientes durante el coronavirus <i>Liliana H. Litterio</i>	107
El DNU 367/2020 y el tratamiento del coronavirus en el sistema de riesgos del trabajo <i>Lucas Pereyra</i>	112
El Decreto de Necesidad y Urgencia 367/2020 sobre la presunción del COVID-19 como enfermedad profesional en los trabajadores que cumplen tareas en actividades declaradas esenciales <i>Ricardo A. Foglia</i>	115
El DNU 367/2020, el ¿reconocimiento? del COVID-19 como enfermedad profesional, y el deber de prevención <i>Raúl A. Oyola</i>	132

SEGURIDAD SOCIAL

Pandemia COVID-19. Un pequeño aporte para el análisis de distintas situaciones laborales y de la seguridad social <i>Oscar Alonso Fontán (*)</i>	143
---	-----

CONTRATO DE TRABAJO

¿Es constitucional la norma que impone a los empleadores privados el pago íntegro de sus remuneraciones a los trabajadores afectados por el aislamiento preventivo y obligatorio? (*)

Carlos Alberto Etala^(**)

Sumario: I. Introducción.— II. Salarios durante la vigencia del aislamiento social, preventivo y obligatorio.— III. Crítica de la normativa vigente.

I. Introducción

Como es ampliamente conocido, el 11 de marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró como una “pandemia” el brote de la enfermedad denominada como “coronavirus - COVID-19”.

Antes de la difusión de dicha enfermedad en el ámbito territorial de la República Argentina, el Congreso de la Nación había aprobado, en primera instancia, la ley 27.541 (BO 23/12/2019), llamada “Ley de solidaridad social y reactivación productiva en el marco de la emergencia pública”, cuyo art. 1º determina lo siguiente: “Declárase la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, energética, sanitaria y social, y deléganse en el Poder Ejecutivo nacional las facultades comprendidas en la presente ley

en los términos del art. 76 de la CN, con arreglo a las bases de delegación establecidas en el art. 2º, hasta el 31 diciembre de 2020”.

Con respaldo legislativo en la mencionada ley, el presidente de la Nación Argentina, Dr. Alberto Fernández, apelando al instrumento legislativo del “decreto de necesidad y urgencia”, reglamentado mediante la ley 26.122 del año 2006, dictó varios decretos de este tipo para hacer frente a la emergencia sanitaria derivada de la difusión de la aludida enfermedad en nuestro territorio.

Así el DNU 260/2020 (BO 12/03/2020), cuyo art. 1º lleva como rúbrica “Emergencia Sanitaria”, dispuso: “Amplíase la emergencia pública en materia sanitaria establecida por ley 27.541, en virtud de la pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud en relación con el coronavirus (COVID-19), por el plazo de un [1] año a partir de la entrada en vigencia del presente decreto”.

Pocos días después, el presidente de la Nación dictó el DNU 297/2020 (BO 20/03/2020), que en su art. 1º estableció: “A fin de proteger

(*) Comentario del académico con motivo del “aislamiento social, preventivo y obligatorio” remitido a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. de Derecho.

(**) Miembro titular de la Academia Nacional de Derecho.

la salud pública, lo que constituye una obligación inalienable del Estado nacional, se establece para todas las personas que habitan en el país o se encuentren en él en forma temporaria, la medida de “aislamiento social, preventivo y obligatorio” en los términos indicados en el presente decreto. La misma regirá desde el 20 hasta el 31 de marzo inclusive del corriente año, pudiéndose prorrogar este plazo por el tiempo que se considere necesario en atención a la situación epidemiológica”. El último párrafo del mencionado artículo determina: “Esta disposición se adopta en el marco de la declaración de pandemia emitida por la Organización Mundial de la Salud (OMS), la Emergencia Sanitaria ampliada por el decreto 260/20 y su modificatorio, y en atención a la evolución de la situación epidemiológica, con relación al coronavirus -COVID-19”.

II. Salarios durante la vigencia del aislamiento social, preventivo y obligatorio

El art. 8º del mencionado DNU 297/2020, en su primer párrafo, determina lo siguiente: “Durante la vigencia del ‘aislamiento social, preventivo y obligatorio’, los trabajadores y trabajadoras del sector privado tendrán derecho al goce íntegro de sus ingresos habituales, en los términos que establecerá la reglamentación del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social”, disposición que será motivo de nuestra especial atención.

Ante todo, debe señalarse que la disposición indicada se refiere genéricamente a “los trabajadores y trabajadoras del sector privado” sin distinguir entre trabadores/as “dependientes” o “autónomos”, estos últimos que han celebrado un “contrato de obras o de servicios” en los términos del art. 1251 del Cód. Civ. y Com. Desde luego, los trabajadores “dependientes” son aquellos regidos por el Régimen de Contrato de Trabajo (LCT), aprobado por ley 20.744, los estatutos especiales y los convenios colectivos de trabajo, según su actividad, profesión, oficio o categoría (ley 14.250, t.o. 2004); y a ellos nos referiremos con especial atención.

En cuanto a los trabajadores públicos, el DNU 325/2020 (BO 31/03/2020), que prorrogó la vigencia del DNU 297/2020 hasta el 12/04/2020, aprobó respecto de estos trabajadores, en su

art. 2º, el siguiente texto: “Las trabajadoras y los trabajadores que no se encuentren alcanzados por ninguna de las excepciones previstas en el art. 6º del dec. 297/2020, y deban cumplir con el ‘aislamiento social preventivo y obligatorio’, pertenecientes a las jurisdicciones, organismos y entidades del sector público nacional, cualquiera sea su forma de contratación, deberán abstenerse de concurrir a sus lugares de trabajo, pero deberán realizar sus tareas, en tanto ello sea posible, desde el lugar donde cumplan el aislamiento ordenado, cumpliendo las indicaciones de la autoridad jerárquica correspondiente”.

En cuanto a los trabajadores dependientes de empleadores privados, pueden presentarse las siguientes situaciones: a) que tengan que dejar de prestar servicios en razón del cumplimiento del deber de ‘aislamiento social, preventivo y obligatorio’; b) trabajadores que continúen con la prestación de sus tareas desde el lugar donde cumplan el aislamiento ordenado, siguiendo las indicaciones de sus respectivos superiores jerárquicos. Según la normativa vigente, en ambos casos deben seguir percibiendo sus remuneraciones habituales. Es precisamente la igualación de estas situaciones desiguales la que da motivo para nuestro comentario.

III. Crítica de la normativa vigente

Precisamente la crítica a la normativa vigente está motivada por la ya señalada igualación de situaciones diferentes vulnerándose el llamado principio de “igualdad de trato”, que impone tratar a los iguales, de modo igual, en igualdad de circunstancias.

Ello, porque impone al empleador privado el deber de pagar la “remuneración” a los trabajadores en circunstancias que difieren, porque en el caso “a” los trabajadores no prestan servicios y, en cambio, sí lo hacen en el caso “b”.

A nuestro juicio, la disposición del art. 8º del DNU 297/2020 deviene inconstitucional en tanto agravia el derecho de propiedad (arts. 14 y 17, CN) de los empleadores privados, por vulnerar las siguientes normas y principios:

1º) El empleador privado se ve compelido a abonar una remuneración que, vulnerando las normas y principios de la normativa cons-

titucional y legislativa vigente —derivada de la CN—, impone pagar una “remuneración” a un trabajador que no ha puesto “a disposición” de su empleador su “fuerza de trabajo” y, por consiguiente, sin “contraprestación” alguna, infringiendo de este modo el concepto de “remuneración” del art. 103 LCT, que desde luego deriva del concepto de “retribución justa” a que refiere la Constitución Nacional (art. 14 bis CN).

2º) Es evidente que nos encontramos en una clara situación de “fuerza mayor” en el sentido del art. 1730 del Cód. Civ. y Com., derivado de la declaración por DNU emanado del Poder Ejecutivo que ha impuesto el “aislamiento social, preventivo y obligatorio”, o sea que emana del “hecho del príncipe” y, desde luego, ajeno a la responsabilidad de ambas partes, tanto de los trabajadores como de los empleadores.

3º) Nos encontramos, sin lugar a dudas, en presencia de una situación de “desempleo” forzoso, derivado de una “medida de gobierno”, que encuadra perfectamente dentro del concepto de “contingencia social” de “desempleo”

que debe cubrir el Derecho de la Seguridad Social; y no del concepto de “remuneración” comprendido en el contrato de trabajo.

4º) Las “prestaciones por desempleo” las debe suministrar la agencia de Seguridad Social del Estado nacional, ya que el Estado es el que debe otorgar “los beneficios de la seguridad social” (art. 14 bis CN), en este caso, a través de su órgano gestor, la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSeS), y no el empleador privado quien ya ha hecho la contribución a tal efecto (art. 120, ley 24.013) a través del pago al Fondo Nacional de Empleo, por la cual se cubre la contingencia social de “desempleo”, regulada por los arts. 111 a 127 de la ley 24.013 Nacional de Empleo, que instituyó el “Sistema Integral de Prestaciones por Desempleo”.

5º) El pago de una suma de dinero —bajo el nombre impropio de “remuneración”— sin derecho a contraprestación alguna configura una contribución confiscatoria de la propiedad de los empleadores privados que vulnera gravemente los arts. 14 y 17 de la CN.

Acerca de la constitucionalidad del decreto de necesidad y urgencia que prohíbe los despidos y las suspensiones en el marco de la crisis del COVID-19

Adolfo N. Balbín (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Lo que dispone el ordenamiento individual común en materia de suspensiones y despidos del trabajador en el marco del vínculo jurídico-laboral.— III. Lo que ordena el Decreto de Necesidad y Urgencia 329/2020.— IV. Defensa de la constitucionalidad de la normativa antes mencionada. Generalidades.— V. Algunas conclusiones.

I. Introducción

En los tiempos que corren, muy difíciles por cierto, atravesamos, junto con el resto del mundo, una situación de emergencia sanitaria provocada por el avance de lo que ha sido declarado por la Organización Mundial de la Salud como una pandemia: el COVID-19.

Frente a ello, cada país ha reaccionado de manera distinta y también en tiempos y con recursos diversos, provocando con relación al coronavirus y su impacto en la sociedad una gran variedad de situaciones.

En nuestro país, el presidente de la Nación, mediante el dec. 260/2020 (1) decidió ampliar la emergencia pública sanitaria dispuesta oportuna-

mente por la ley 27.541 (2), estableciendo no solamente determinadas facultades para algunas carteras públicas, sino también nuevas obligaciones relacionadas con la situación sanitaria antes mencionada, a la vez que extendió lógicamente ciertos deberes para la ciudadanía a fin de intentar aminorar los efectos nocivos derivados de la crisis sanitaria de alcances internacionales. Por su parte, mediante el dec. 297/2020 (3) se dispuso en lo sustancial (y más allá de ciertas excepciones y detalles), como medida para proteger la salud pública, un aislamiento social preventivo y obligatorio, por un plazo que posteriormente fuera ampliado mediante los decs. 325/2020, 355/2020, 408/2020, 459/2020 y sucesivas prórrogas.

Posteriormente, el Poder Ejecutivo dictó el DNU 329/2020 (4), que afectó sustancialmente

(*) Abogado (UNLP). Especialista en Derecho Social —del trabajo y la previsión— (UNLP). Especialista en Derecho Administrativo (UNLP). Profesor adjunto en Derecho Social, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP.

(1) BO 12/03/2020.

(2) BO 23/12/2019.

(3) BO 20/03/2020.

(4) BO 31/03/2020, luego prórrogado por DNU 487/2020 BO 19/05/2020.

ciertos poderes del empleador, como lo desarrollaré con mayor detalle en lo que sigue.

En línea con lo anterior, en este trabajo me abocaré a analizar la constitucionalidad del decisorio presidencial individualizado en el párrafo anterior, ello desde las arenas del derecho constitucional y el del trabajo.

II. Lo que dispone el ordenamiento individual común en materia de suspensiones y despidos del trabajador en el marco del vínculo jurídico-laboral

Nuevamente opino que el trabajador y el empleador se relacionan no con base en un contrato sino través de un vínculo jurídico-laboral que adquiere cuerpo a través de una relación de trabajo.

Ello, puesto que considero que la desigualdad ínsita en todo tracto laboral es tan palmaria que solamente desgarrando la figura del contrato puede ser trasladada ella para dar cuenta de la especial vinculación, conmutativa y sinalagmática, en que una persona que siempre debe ser física se obliga a cumplir determinado servicio en beneficio de otra, que puede ser física o jurídica, individual o plural, a cambio de una remuneración.

En ese marco, comprendo que la prestación de servicios por cuenta ajena, la dependencia y el siempre presente elemento económico avientan la posibilidad de que se pueda trasladar, aun matización mediante, la figura del contrato común a relaciones calificadas por componentes distintos.

Con lo último no pretendo excluir la aplicación del ordenamiento civil y comercial al derecho del trabajo, ya que eso sería no solamente una vana aventura sino también la manifestación de un desconocimiento injustificable. Simplemente quiero decir que, a mi modo de ver, entre trabajador y empleador, más allá de lo que regula a su respecto la ley 20.744 (5), no hay contrato sino relación laboral. Adscribo, pues, a la tesis relacionista contemporánea (6) (sin

perjuicio del dato sustancial apuntado, y dentro del campo formal, en este artículo utilizaré las expresiones “vínculo”, “relación” y “contrato” como sinónimos).

Partiendo del marco anterior, entiendo que se puede comprender con mayor suficiencia no solo cierta información abstracta que hace a la esencia del vínculo laboral, sino también la existencia de algunos institutos que, como reflejo de él (aun cuando no se lo diga expresamente) se encuentran en el derecho individual laboral vertebrado en sus líneas elementales a través de la Ley de Contrato de Trabajo, fuente de la que me valgo en este acápite.

El vínculo laboral resulta constitutivo de una situación personalizada de poderes, puesto que tanto el trabajador como el empleador son acreedores y deudores de prestaciones recíprocas, dato que a su vez encuentra cierto reflejo en el ámbito de las relaciones colectivas de trabajo. Sin perjuicio de ello, lo cierto que, en la relación individual de trabajo, esos poderes se encuentran distribuidos de una manera tan desigual que colaboran para que desde la academia nos podamos apartar no solo de la noción clásica del contrato, sino también de otras con que algunos autores intentan emparentar la prestación laboral, como son las de contrato intervenido, contrato especial, sui géneris, entre otros.

Ejemplo típico de aquella disparidad de fuerzas negociales, esencial para lo que ahora intento exponer brevemente, son las denominadas facultades exorbitantes del empleador, dentro de las cuales encontramos (entre otras) la posibilidad que este tiene de suspender al menos ciertos efectos del contrato de trabajo sin necesidad de obtener acuerdo del trabajador, y la de extinguir la relación laboral por causales que exceden la culpa del obrero.

Esos poderes son exorbitantes al contrato de derecho común, es decir, que tal disparidad negocial no podría tener cabida en el contrato genérico del derecho civil y comercial, con que se pretendió sobre todo en el siglo XIX, y sin demasiado éxito, encuadrar la prestación comprometida por el trabajador en beneficio del

torno a la esencia del vínculo jurídico laboral”, Revista Derechos en Acción (ReDeA), invierno 2017, ps. 79-95.

(5) BO 27/09/1974.

(6) Para una ampliación de lo que digo, remito a un trabajo que escribí hace algún tiempo: “Discusiones en

empleador. Es, como se ve, la puerta principal que nos conduce como mínimo a dudar de la utilidad de la tesis de la contractualidad laboral.

Como dije, el empleador, en uso de esos poderes incrementados, puede suspender al trabajador sin pagarle la remuneración o bien extinguir el contrato sin que el obrero hubiese dado motivo atribuible a él. A continuación, voy a explicar algunas cuestiones básicas de las dos figuras.

En materia de suspensiones, el legislador reguló la limitación —provisional— de ciertos efectos del contrato de trabajo (tít. X, LCT), ordenando ese tema en diversos tipos, que pueden ir de los motivados por razones biológicas del trabajador (enfermedades inculpables, arts. 208 a 213) hasta otros vinculados con razones militares (art. 214) o con el desempeño de cargos electivos políticos (arts. 215 y 216) o sindicales (art. 217). La cualidad compartida por estas figuras es que no se relacionan directamente con el riesgo empresarial.

Pero también existen en la LCT otras figuras emparentadas con las anteriores, en las que, contrariamente al común denominador antes escrito, el riesgo propio del empleador adquiere notoria incidencia. Se trata de las suspensiones por razones económicas, que se subdividen en suspensiones derivadas de la falta o la disminución de trabajo no imputable al empleador o de la fuerza mayor (arts. 218, y ss. y ccds., LCT).

Reitero que el tít. X de la LCT incorpora diversos supuestos en que se suspenden ciertos efectos del contrato de trabajo, involucrando ello a veces la prestación principal del empleador, o bien también la del trabajador. Vale aclarar aquí que la ley no podría incluir una figura en que se suspendieran las prestaciones principales del empleador, mas no así las del trabajador a cargo, puesto que ello, además de contrariar la naturaleza del vínculo laboral (que se presume oneroso y que impide que el empleador pueda, en concepto de multa, afectar la remuneración del trabajador, conf. arts. 115 y 131, LCT), contrariaría el espíritu de la disciplina especial, encargada de tutelar al trabajador como sujeto hiposuficiente, desnivelando aún más la distribución de fuerzas en el negocio inicial tras someter al obrero a un sistema de símil esclavitud.

Según el art. 218 de la LCT, toda suspensión dispuesta por el empleador tiene que cumplimentar tres condiciones elementales: que sea respaldada en una justa causa —es decir, que se pueda encuadrar en alguna de las figuras receptadas por el legislador—, que tenga un plazo fijo —para cada caso el legislador estableció limitaciones individuales, con más una grupal para los casos de acumulación de causales— y que sea notificada al trabajador —no solamente para ponerlo en conocimiento de la variación provisional de ciertos elementos del contrato inicial, sino también para permitirle atacar el decisorio del empleador—.

Dentro de la justa causa antes mencionada, el legislador reconoció los casos derivados de razones disciplinarias (algo ajeno a lo que ahora trato de explicar) y aquellos relacionados con razones económicas, subdividiéndose estas últimas en el supuesto de la falta o la disminución de trabajo no imputable al empleador y en el de la fuerza mayor.

Entonces, en la LCT las suspensiones por razones económicas pueden ser de dos tipos —conforme antes lo mencioné—, cada uno de ellos con una esencia diferente, aun cuando se agrupen en el mismo conjunto de razones económicas que permitan al empleador suspender ciertos efectos del vínculo jurídico-laboral.

La clave está en cuán cerca se encuentra la causal objetiva provocadora del evento de la persona del empleador y del riesgo que es propio de la actividad que él organiza y dirige. Así, en la suspensión derivada de la falta o disminución de trabajo no imputable al empleador, este se ve ante la necesidad de no dar empleo a su personal para evitar el cumplimiento de una obligación que le resulta extremadamente gravosa, debiendo demostrar que puso en práctica las medidas funcionales adecuadas para evitar el impacto del negativo acontecer, entendiéndose como un hecho que afecta al mercado e impacta excepcionalmente en la empresa. Como se ve, aquí la cercanía entre los componentes mencionados al inicio es mucha. Por su parte, la fuerza mayor da origen a un supuesto en el cual el empleador directamente se ve imposibilitado de cumplir con su obligación de dar ocupación por un hecho que no ha podido prever o que,

previsto, no ha podido evitar (7). En esta figura, la distancia antes apuntada se incrementa.

En razón de esa disparidad de esencias, la LCT asigna un plazo máximo distinto a cada una de las figuras de suspensiones por razones económicas: treinta días para las que se deriven de la falta o la disminución de trabajo, y 75 a las vinculadas con la fuerza mayor. Esta diferencia adquiere sentido si se vuelve a lo que dije antes, con relación a la mayor o menor proximidad entre la causal objetiva y la persona del empleador junto con el riesgo que le es propio. De todos modos, amén de aquella disparidad, lo cierto es que las dos figuras son de interpretación restrictiva, puesto que por la cualidad de la ajenidad del contrato de trabajo (contenida en el art. 21, LCT) y por la importante obligación patronal de brindar ocupación efectiva (art. 78, LCT), al obrero no le deben alcanzar los riesgos derivados de una organización y una dirección completamente ajenas.

Por otra parte, en el dominio de las facultades exorbitantes que ya mencioné, también se encuentra la facultad del empleador de despedir.

Como regla, la relación de trabajo en el derecho argentino no es estable, en el sentido de que el empleador puede despedir al trabajador en cualquier oportunidad. Las únicas excepciones a tal amplitud en el poder de despedir, según el art. 14 bis de la CN, se materializan en los casos de los empleados públicos y en el de los representantes sindicales, que gozan —en principio— de estabilidad laboral (párrs. 1º y 2º del artículo antes mencionado).

Entonces, el contrato de trabajo permanece vigente, hasta que se extingue. A su respecto, el derecho argentino establece muchas posibles formas para que la mentada vinculación finalice, adquiriendo el despido, en esas arenas, un papel a subrayar.

En materia de despido, las figuras se pueden clasificar, por su entidad, desde el menos gravoso al que mayor perjuicio causa para uno de los sujetos del vínculo laboral.

(7) Ver FERNÁNDEZ MADRID, Juan C., “Tratado práctico de Derecho del Trabajo”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2007, 3ª ed. act. y amp., ps. 1756-1757.

Empezando por el nivel menos gravoso, encontramos el despido por justa causa, que se origina cuando el empleador extingue el contrato de trabajo que lo vinculaba con un trabajador, cuando este último da motivo suficiente y justificado para que el vínculo se rompa. Se exige para este supuesto que el comportamiento del trabajador tenga virtualidad como para generar, en la persona del empleador una injuria (es decir, una afectación o daño) considerable, tal que lo autorice a terminar la relación (conf. art. 242 de la LCT). En este caso, el empleador puede despedir sin tener la obligación de pagar una indemnización.

En un segundo nivel, se coloca los despidos un poco más graves que los anteriores: se trata de los parcialmente justificados. En estos, si bien el trabajador no da motivo para el despido, la ley presume que como el empleador tampoco tiene toda la culpa de la extinción laboral, va a poder despedir, pero abonando una reparación económica menguada. Nos encontramos con las figuras denominadas como despido por falta o disminución de trabajo no imputable al empleador, y por fuerza mayor (conf. art. 247 de la LCT). Como se observa, nos encontramos con las mismas causas que el legislador utilizó para permitir la suspensión del contrato de trabajo, pero que en este caso habilitan la extinción unilateral del vínculo. Sin embargo, en este caso, atento a la gravedad, la extensión, la magnitud y el impacto provocado en la empresa, la ley permite al empleador recurrir a una medida mucho más gravosa que la mera suspensión temporal de los efectos normales de la relación.

En un tercer nivel, se encuentra el despido llamado injustificado (o injustificado común), que se produce por el simple deseo del empleador de despedir, sin que el trabajador hubiera dado motivo para que ello se materializara. En estos casos, por lo anteriormente dicho, si bien el empleador puede extinguir el contrato, se lo obliga a pagar una “indemnización por despido injustificado” (8) calculada sobre la

(8) Según mi entender, no media en el caso una verdadera indemnización, sino una simple reparación parcial de los daños que el trabajador pudo haber sufrido con motivo de la extinción unilateral de la relación laboral. Remito para un mayor desarrollo de lo que dije a un trabajo anterior de mi autoría, titulado: “El despido injusti-

base del mejor salario devengado por el obrero en el último año trabajado y de su antigüedad (conf. art. 245, LCT).

Finalmente, en el nivel más gravoso se encuentran los despidos injustificados agravados, o discriminatorios, que son aquellos motivados por la deliberada voluntad del empleador de expulsar a uno o a más trabajadores/as del ámbito de empleo, en virtud de que presentan determinadas características personales (p. ej., orientación política o sexual, militancia sindical, enfermedad, estado biológico puerperal, estado civil, entre otras), que el empleador considera inadecuadas o indeseables y que los diferencian de sus compañeros según su entender, o bien cuando surgen como reacción o represalia frente al ejercicio de derechos fundamentales (9). En este caso, las soluciones se bifurcan, puesto que el trabajador puede optar por continuar en la situación de despido, requiriendo una reparación integral por los perjuicios sufridos, o bien solicitar la declaración de nulidad del acto rescisorio, junto con la reincorporación a su empleo y los salarios caídos.

III. Lo que ordena el Decreto de Necesidad y Urgencia 329/2020

No obstante los poderes que el legislador atribuyó al empleador a través de ciertos institutos receptados en el cuerpo de la LCT, anidados en el conjunto de las facultades denominadas como exorbitantes por la razón que ya informé brevemente, el presidente de Argentina, mediante el DNU 329/2020, prohibió los despidos sin justa causa y los derivados de la falta o la disminución de trabajo y fuerza mayor (art. 2º), así como también las suspensiones por razones económicas (art. 3º), todo por el plazo de sesenta días contados a partir de la fecha de publicación de dicha norma en el Boletín Oficial, plazo que luego fue prorrogado por el DNU 487/2020 por 60 días más.

A su vez, en la misma norma se determinó que la violación a lo precedentemente referen-

ficado como instituto de control social”, Revista Derechos en Acción (ReDeA), otoño 2018, ps. 97-125.

(9) Ver GATTI, Ángel E., “Derecho del Trabajo. Manual de las relaciones individuales”, Ed. B de F, Buenos Aires, 2015, ps. 542 y ss.

ciado no producirá efecto alguno, manteniéndose vigentes las relaciones laborales existentes y sus condiciones actuales (art. 4º).

IV. Defensa de la constitucionalidad de la normativa antes mencionada. Generalidades

A mi modo de ver, el decisorio del Poder Ejecutivo Nacional sobre el que ahora estoy trabajando es totalmente constitucional y no cabe a su respecto hacer lugar a ningún planteo que pretenda su limitación. En ese tramo, considero que el dec. 329/2020 no solo va en línea con las facultades que se le reconocen constitucionalmente al presidente de la República, sino que además se encuentra hermanado con la lógica y el sentido tutelar con que el Derecho Social pretende leer la especial relación que se materializa entre un trabajador y el empleador, actuando como consecuencia de ello en beneficio del sujeto hiposuficiente dentro del vínculo laboral.

En los párrafos que continúan dentro de este punto, desarrollaré brevemente las razones que fundamentan lo que antes dije.

IV.1. Se han respetado las exigencias que la Constitución Nacional establece para el dictado de los DNU

A su respecto, recordemos que el constituyente de 1994, al tratar las atribuciones del Poder Ejecutivo en el art. 99, reguló en el inc. 3º que “El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo. Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o de régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros” (párrs. 2º y 3º).

Adolfo Gabino Ziulu, trabajando sobre la noción de los DNU, escribió que por ellos “se conoce a las normas jurídicas que dicta el Poder Ejecutivo, asumiendo facultades que le corresponden al Poder Legislativo, y que le son transitoriamente arrebatadas a este, para conjurar

situaciones de emergencia” (10). En la misma senda, en su oportunidad el profesor Marienhoff manifestó que “El fundamento jurídico de estos reglamentos es el estado de necesidad y urgencia, lo cual constituye una cuestión de hecho. Pero ha de tratarse de una necesidad y urgencia súbita y aguda (terremotos, incendios, epidemias u otra repentina y grave necesidad del momento, incluso de orden económico) que torne indispensable su emanación si tener que supeditarse a las comprensibles dilaciones del trámite legislativo” (11). Asimismo, el doctor Germán Bidart Campos escribió que “los vocablos ‘necesidad’ y ‘urgencia’ califican una situación que excede del voluntarismo subjetivista del presidente de la República y que descarta cualquier apremio basado en su mero interés o conveniencia”; también escribió que “Hay que diagnosticar con objetividad y buena fe cuando hay, de verdad, una circunstancia excepcional que torna “imposible” someter una norma al trámite ordinario de sanción de las leyes para sustituirlo por el dictado de un decreto de necesidad y urgencia” (12).

En línea con las interpretaciones de los autores antes citados, que según creo nos ilustran acerca de los elementos generales e introductorios que deben tenerse en cuenta para articular un concepto de decreto de necesidad y urgencia, así como también respecto de los recaudos indispensables para su consideración jurídica, entiendo que el DNU 329/2020 cumplimenta acabadamente las condiciones iniciales que desde la ciencia jurídica se imponen en el tramo constitutivo de una norma como la ahora comentada.

En efecto, amén de que el presidente de la Nación, con el DNU ahora analizado, no se ha inmiscuido en las materias excluidas por la Constitución y de que el acto fue refrendado por el Ejecutivo así como también por el resto de las

autoridades requeridas por la normativa cime-ra, lo central según creo es que se ha dado en el caso del dec. 329/2020 la situación excepcional que habilita la expedición de una normativa con matices legislativos por parte de una autoridad ajena al Congreso de la Nación. En efecto, lamentablemente, a nivel mundial estamos sufriendo las devastadoras consecuencias de la pandemia COVID-19 que impone la necesaria adopción de medidas que busquen limitar los efectos nocivos derivados de ella, en este caso relacionados con eventuales situaciones de despido o suspensión por razones económicas que, en circunstancias ordinarias, puede provocar unilateralmente el empleador. En ese tramo, si es cierto que en nuestra historia institucional y política muchas veces se ha hecho uso de los DNU para fines que parecían al menos exceder de las situaciones acotadas establecidas por la CN, lo cierto es que no cabe la menor duda de que la actual situación sanitaria de alcances internacionales permite a las autoridades instituidas actuar con la urgencia que sirvió de marco para que en la Argentina se adoptara una decisión como la ahora comentada, de profundos alcances jurídicos, pero sobre todo políticos y económicos.

La pandemia provocada por el COVID-19 no solo ha puesto en jaque la integridad y la tranquilidad de miles de personas y del sistema de salud a nivel mundial, sino que a su vez ha significado la replanificación de las agendas políticas de todos los países del mundo, encontrando en esa senda procederes y capacidades muy diversas y seguramente con consecuencias también dispares; a su vez, ha impactado profundamente en las economías de las distintas comunidades, obligando a la reasignación de fondos en miras a un mejor enfrentamiento de la pandemia de público conocimiento. En ese marco, la actual urgencia sanitaria sin fronteras ha impuesto a los gobiernos del mundo la necesidad de reaccionar de forma suficiente y útil a fin de menguar los efectos nocivos provocados por el COVID-19, tramo en el cual, en este terreno constitucional introductorio, considero que no resulta criticable desde ningún punto de vista el decisorio adoptado por el Ejecutivo Nacional.

Cabe agregar en estas arenas que, más allá de la ocasional limitación de funciones del Congreso de la Nación producto de las conocidas

(10) ZIULU, Adolfo G., “Derecho Constitucional”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1998, t. 2, p. 103.

(11) MARIENHOFF, Miguel S., “Tratado de Derecho Administrativo”, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1965, t. 1, p. 254.

(12) BIDART CAMPOS, Germán J., “Manual de la Constitución reformada”, Ediar, Buenos Aires, 1999, t. 3, p. 252.

circunstancias sanitarias, es importante en el panorama actual la adopción de medidas uniformes y rápidas para todo el territorio del país, con el fin de reducir, como antes dije, los efectos negativos de la actual pandemia, protegiendo, en lo que hace a este artículo, los intereses de los trabajadores. En ese tramo, la posterior intervención del Legislativo y, en su caso, la eventual injerencia del Poder Judicial necesariamente deberán tomar en cuenta las excepcionales condiciones en medio de las cuales transcurre hoy día la vida de millones de personas.

IV.2. La actuación del principio protectorio

Pero además de la faceta política constitucional que antes mencioné brevemente, lo cierto es que la decisión adoptada a través del DNU 329/2020 tiene una función puntual y específica que no puede ser omitida, cual es la de plasmar una lógica tutelar en beneficio de las personas que trabajan en relación de dependencia. En esa línea, he seleccionado una serie de ideas que creo importante tener en cuenta para el análisis de la normativa bajo estudio.

En primer término, considero que permea en la lectura del DNU 329/2020 una actuación clara del principio protectorio. Este principio, elemental al momento de tomar nota de la esencia del derecho del trabajo y su función, obliga a tutelar con cierta prioridad de tratamiento al sujeto trabajador, considerado como persona en condición de hiposuficiencia.

El vínculo jurídico-laboral está compuesto, como se sabe, por dos sujetos esenciales: un trabajador y un empleador. Ambos tienen que existir y a los dos el Estado tiene que dirigirse políticamente, no solo para intentar canalizar los posibles conflictos que se puedan suceder en el desarrollo de las relaciones privadas de apropiación, sino también para imponer mecanismos eficaces que propendan al buen desarrollo de la economía del país, y de las relaciones jurídicas que en su interior se desenvuelven. Mas en el desempeño de tal potestad pública, no se debe olvidar la lógica especial del derecho del trabajo, cual es el resguardo preferente de la persona que, mediando una relación de dependencia, pone su fuerza de trabajo a disposición de la otra. En ese marco, el principio protectorio manda que se proteja de una forma más enér-

gica al obrero, propendiendo, si no a una igualdad, al menos a una mayor simetría en las fuerzas que se entrelazan dentro de un proceso productivo.

El profesor Ricardo Cornaglia, al referirse al principio protectorio y respondiendo a dos preguntas que formalizó en su desarrollo (contra quién se protege y cuál sería el grado de intensidad reconocida a la tutela comentada), dijo en cuanto a lo primero que se protegía con relación al empleador, afirmando que este, sin ser el único, es el que ejerce un poder dominante frente al trabajador y su existencia; y, en cuanto a lo segundo, que la protección se regulaba mediante prohibiciones relativas de su ejercicio, estructuradas a través de un orden público laboral, y de cualidades típicas de él como son las de ser irrenunciable, innegociable e imperativo (13).

Es tan importante el principio antes mencionado que fue seleccionado para iniciar incluso la redacción del art. 14 bis de la CN, al decir que el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, asegurándose al trabajador un conjunto de derechos que luego son expresados. A su respecto, sin perjuicio de que el artículo habla de la protección de las “leyes”, no cabe ninguna interpretación que, so pretexto de la defensa de una lectura literal del precepto referenciado, se dirija a negar la tutela que para el trabajador pueda ser direccionada desde otras fuentes distintas a la ley, como ocurre con el DNU que dio motivo a este trabajo (14).

De la misma forma, el derecho constitucional de base internacional también resulta receptor de una tutela amplia en beneficio del trabajador. Así, el PIDESC consagra en su art. 6.1 el recono-

(13) CORNAGLIA, Ricardo J., “Reforma Laboral. Análisis crítico. Aportes para una teoría general del Derecho del Trabajo en la crisis”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2001, ps. 231-232.

(14) En esta línea, BIDART CAMPOS, con cita de un añoso fallo de la CS, dijo que “el mandato constitucional se dirige primordialmente al legislador, pero su cumplimiento atañe asimismo a los restantes poderes públicos, lo cuales, dentro de la órbita de sus respectivas competencias, deben hacer prevalecer el espíritu protector que anima a tales normas” [ver del autor, el artículo “Principios constitucionales de derecho del trabajo (individual y colectivo) y de la seguridad social en el art. 14 bis”, TySS, VIII A, 1981, p. 488].

cimiento del derecho a trabajar, comprensivo del derecho de toda persona de tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido y aceptado, obligando en esa línea a los Estados firmantes a tomar las medidas que sean adecuadas para su cumplimiento. Por su parte, la DUDH consagra en su art. 23 una amplia protección del trabajo, aludiendo a las “condiciones equitativas y satisfactorias” de este, así como también a la “protección contra el desempleo”. En la misma senda, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer consagra en su art. 11.1.a el derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano.

En similar línea tutelar, pero focalizando en este caso la crítica situación sanitaria provocada a escala global por la pandemia COVID-19, la OIT, destacando la importancia que el trabajo decente tiene para propiciar una recuperación sostenida y equitativa, se refirió a la relevancia de implementar medidas políticas y económicas que propendan a limitar los efectos nocivos derivados de la incidencia de la pandemia de público conocimiento en las relaciones de trabajo (15). Emparentado a ello, y como se toma nota en los considerandos del DNU 329/2020, la OIT ha manifestado expresamente en la recomendación 166 que “Todas las partes interesadas deberían tratar de evitar o limitar en todo lo posible la terminación de la relación de trabajo por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos, sin perjuicio para el funcionamiento eficaz de la empresa, establecimiento o servicio, y esforzarse por atenuar las consecuencias adversas de toda terminación de la relación de trabajo por estos motivos para el trabajador o los trabajadores interesados,” agregando que “Cuando proceda, la autoridad competente debería ayudar a las partes a buscar soluciones a los problemas que planteen las terminaciones previstas” (apart. III.19, 1 y 2) (16).

(15) Comunicado de la OIT, disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/briefingnote/wcms_739158.pdf — sobre todo, pto. 3º, párr. 1º— (consultado el 06/04/2020).

(16) Disponible en https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R166 (consultado el 06/04/2020).

Desde ese panorama conceptual, pero también jurídico instrumental, considero que el DNU 329/2020 supuso, desde la cartera ejecutiva, la puesta en práctica de una política que va claramente de la mano con el principio protectorio esencial en el derecho del trabajo, encontrando dicho proceder importantes respaldos tanto a nivel nacional como internacional que cimentan la legitimidad de la decisión adoptada.

IV.3. Dinamismo de las fuentes del derecho del trabajo

Derivado del principio protectorio que, como ya mencioné y no se discute en el campo jurídico, tiene reconocimiento constitucional, corresponde hacer alusión a un tema vinculado, como es el de las fuentes del derecho del trabajo.

Sintéticamente diré que hay coincidencia doctrinaria en opinar que existen dos tipos de fuentes en la disciplina laboral: las materiales y las formales. Respecto de las primeras, se ha escrito que “son los hechos históricos, sociales, culturales, políticos, económicos y otros, que en un momento y lugar determinando impulsan y generan el dictado de las normas formales por parte de los diversos operadores que las formulan”, en tanto que las formales “son, concretamente, las normas de distinto origen y rango” (17).

Ambos tipos de fuentes colaboran en la construcción identitaria del derecho del trabajo, ello puesto que, si desde lo material se parte de un conflicto ínsito en una relación de apropiación, en la faceta formal se va a tratar al menos de canalizar el mentado choque de intereses, poniendo un coto a las conductas que pretenden abusar de los derechos de los trabajadores. Respecto de la última categoría de fuentes, la solución que se dio en el campo disciplinar especial para los casos de concurrencia de ellas es el denominado orden de prelación normativa, que no supone borrar el clásico orden de jerarquía del ordenamiento jurídico, sino matizarlo,

(17) LITTERIO, Liliana H., “El sistema de fuentes del derecho del trabajo”, en ACKERMAN, Mario E. — MAZA, Miguel A. (dirs.), Manual de elementos de derecho del trabajo y de la seguridad social, Rubinzal-Culzoni Edit., Santa Fe, 2017, ps. 125 y ss.

intentando solucionar las controversias particulares aplicando la normativa que sea más beneficiosa para los intereses de los trabajadores.

La razón por la que traigo a colación esta temática es para expresar, en defensa de la constitucionalidad del DNU 329/2020, que no importa que este haya alterado las facultades exorbitantes a las que hice mención en el punto 2 de este trabajo, prohibiendo al menos provisoriamente su libre ejercicio, sino que se haya habilitado un mecanismo mucho más protectorio para que los trabajadores sean protegidos en estos tiempos alcanzados por la pandemia del COVID-19, frente a la eventual utilización por parte del empleador de los poderes ordinarios de despedir o bien de suspender ciertos efectos del contrato de trabajo, alterando el necesario resguardo que hoy más que nunca necesitan los sujetos inmersos en una relación de dependencia.

En ese tramo, se puede advertir claramente la operatoria del orden de prelación antes mencionado, desde que de entre dos fuentes formales —la LCT y el DNU analizado— se debe dar prioridad, al menos durante el tiempo fijado por el último, a la prohibición de despedir o suspender a un trabajador, ello por sobre los poderes que ordinariamente puede ejercer el empleador en el contrato de trabajo. Luego, no interesa el hecho de que un DNU se encuentre por debajo de la ley en la abstracta pirámide de jerarquía normativa, sino que lo que se debe destacar, para poder comprender la operatoria del caso, analizar y, eventualmente, resolver algún tipo de controversia, es la aplicación de la norma que proteja mejor los intereses de los trabajadores; y lógicamente, el ejercicio por parte del empresario de su poder de modificar o rescindir el contrato de trabajo resulta más perjudicial que la directa prohibición dispuesta por el Poder Ejecutivo Nacional.

Dicho eso, con base en el criterio elegido por el legislador para solucionar colisiones de normativas laborales —recordemos el art. 9º de la LCT, que vertebra el conocido conglobamiento por instituciones—, la aplicación prevalente del DNU 329/2020 va a suponer la limitación temporal de los artículos de la LCT (o bien de otros cuerpos normativos que se apliquen al caso concreto y establezcan similares soluciones a la misma) que regulen (por instituciones)

las facultades del empleador para suspender por razones económicas o tecnológicas o bien aquellos que hagan lo propio respecto de su poder para extinguir el contrato de trabajo (exceptuándose en el caso el despido por justa causa, conforme ya lo mencioné en el punto 3 del presente artículo). Luego, la aplicación del DNU estudiado no suspende toda la LCT o las normas especiales que resulten aplicables, sino solo las instituciones de la suspensión o despidos fijados por ellas, lo cual, lejos de ser criticable, limita los efectos derivados de algunas de las figuras más controversiales del derecho individual del trabajo.

IV.4. La función de la progresividad y la irrenunciabilidad laboral

Es útil señalar brevemente la función que en la temática que ahora estoy analizando cumplen, además del principio protectorio, los de progresividad e irrenunciabilidad, copartícipes en la función tutelar del Derecho Social. Sobre todo, porque tales principios fijan dos límites que creo vale mencionar en este desarrollo, uno de carácter más que nada público y otro de tipo privado. En cuanto a lo primero, la progresividad impide que se retrotraiga la situación de los trabajadores a una condición menos beneficiosa en comparación con la obtenida a través del decreto de necesidad y urgencia ahora comentado, lo cual impone una obligación a las autoridades públicas para que no se reduzca el nivel tutelar alcanzado. Pero, por otro lado, en materia laboral siempre está presente también la imposibilidad de renunciar a un derecho otorgado por el Estado, limitando la libre disponibilidad de las partes privadas, en ciertas materias que se entienden como esenciales para resguardar la persona del trabajador.

Claro que (sobre todo lo último) encuentra un cierto valladar en el campo del trabajo no registrado, situación que, sin embargo, no obsta a la actuación de las autoridades que correspondan con el fin de sanear el mentado comportamiento ilegítimo dentro del vínculo laboral (que adquiere cuerpo básicamente a través de los hechos, en función del principio de primacía de la realidad), sirviendo también en las aguas comentadas la información pública permanente para que las personas sepan qué derechos las

asisten, y cómo y dónde poder formalizar algún tipo de reclamo vinculado.

IV.5. El DNU 329/2020 no altera ni omite el derecho de propiedad del empleador

El hecho de que la Constitución Nacional consagre en su cuerpo no solamente derechos sociales en beneficio de los trabajadores (básicamente, a través del art. 14 bis) sino también otros individuales, como es el derecho de propiedad para todas las personas que puedan acceder a ella (art. 17 de la CN), no debe conducir a la conclusión de que el DNU analizado resulta inconstitucional por violar la propiedad del empleador, ello puesto que en todo caso podrán acumularse en este las atribuciones de director y organizador del conjunto de elementos personales, materias e inmateriales mencionados por el art. 5° de la LCT, mas nunca podrá suceder lo mismo con el contrato de trabajo ni menos aún con la persona que presta servicios por cuenta ajena. Quiero decir con ello que la propiedad que en todo caso puede reunir el empresario no puede alcanzar el contrato de trabajo ni sus efectos, ya que únicamente es uno de los sujetos contratantes, mas no el único y tampoco el más importante en la lógica del derecho laboral.

Desde hace mucho tiempo que se vienen criticando en la doctrina iuslaboralista los institutos de la suspensión o extinción del contrato de trabajo por razones económicas —en tanto se dice que afecta la ajenidad esencial del contrato de trabajo, participándose eventualmente a los dependientes de los riesgos que debieran correr por cuenta exclusiva del empleador, en tanto derivados de una actividad que este organiza en beneficio propio—, así como también la figura del despido injustificado, argumentando que ni es un derecho subjetivo del empleador, ni tampoco resulta consagradorio de un régimen transaccional o bien de despido libre indemnizado. No me detendré en esto para no alejarme del hilo de este trabajo. Lo que creo importante ahora es resaltar que la situación pandémica que todo el mundo está viviendo, de enormes y múltiples efectos adversos para la humanidad, justifica plenamente la limitación de las facultades exorbitantes del empleador y el poder del Estado para obligar a que los contratos de trabajo continúen vigentes y sin alteraciones sustanciales por cierto período de tiempo, en una

senda en que adquiere absoluto sentido el poder del Estado para limitar la libre disponibilidad en este caso de uno de las personas que ha contratado, respetando el mensaje tutelar que históricamente dio sentido al derecho del trabajo.

Además, es importante resaltar que el DNU 329/2020, si bien se focaliza en una protección especial para los trabajadores, no rechaza ni critica también la necesaria ayuda que debe provenir de la política estatal para tratar los efectos nocivos que la actual crisis sanitaria está provocando también a los empleadores. Para comprobar ello, basta solamente con leer los considerandos de la norma, en donde se apuntó la ayuda diagramada para ayudar a las empresas a sobrellevar los efectos de la emergencia (párr. 5° del apartado considerando), ello mediante una serie de medidas que allí se mencionan. Sin perjuicio de ello, como consecuencia de esas primeras políticas adoptadas, se pensó también en la necesidad de ayudar a los trabajadores, afirmándose en esa senda en el párr. 6° de los considerandos que “en esta instancia corresponde tutelar en forma directa a los trabajadores y a las trabajadoras como correlato necesario a las medidas de apoyo y sostén para el funcionamiento de las empresas, en este contexto de emergencia”.

Como se observa, y más allá de las críticas puntuales que puedan hacerse a los mecanismos de protección económica e impositiva elaboradas para los empleadores, el Poder Ejecutivo Nacional, a través del DNU 329/2020, no rechazó la importancia de tutelar esa primera propiedad, sino que simplemente se encargó de proteger a la otra parte del contrato, decisión que seguramente se fundamentó no solo en similares decisiones provenientes del derecho comparado, sino en el avance de los despidos y las suspensiones en los contratos de trabajo locales. En esto es importante decir que el Estado también tiene que proteger al empleador, puesto que sin este no podría existir un contrato de trabajo. Mas, paralelamente a ello, debe resguardar de forma preferente los derechos esenciales de los trabajadores, sobre todo en un contexto complejo como el actual, en que ellos sufren generalmente los primeros embates provenientes de los desequilibrios económicos.

Como argumento complementario, cabe agregar que, en todo caso, frente a la colisión de derechos constitucionales, el intérprete y aplicador del derecho debe otorgar prioridad al que tenga contenido alimentario, es decir, al derecho o conjunto de derechos que tiendan a proteger de forma más directa las necesidades básicas de aquella persona que, al no tener un capital propio para invertir, aporta todos los días una parte esencial de su persona.

IV.6. Cumplimiento de la obligación estatal de garantizar el derecho al trabajo y sus proyecciones

Me queda por decir que el decreto de necesidad y urgencia ahora comentado es constitucional desde que supone el cumplimiento por parte del Estado de las medidas tendientes a garantizar el derecho al trabajo, derecho que es fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, no solamente por el dato económico (sin duda destacable), sino también por la función identitaria, de pertenencia y formativa que tiene para las personas, todo lo cual justifica la necesaria intervención protagónica de la autoridad pública, y más aún en el marco de una situación de emergencia como la que estamos viviendo.

Recordemos que, aunque media un íntimo parentesco entre ambas, no se puede asimilar de forma absoluta el derecho del trabajo y el derecho al trabajo, desde que, si lo primero refiere a la sistematización de una disciplina jurídica encargada de regular de manera tutelar un conflicto, la segunda noción es mucho más abarcativa porque abraza un derecho personal de profundos alcances sociales y culturales. Debemos tomar en cuenta que el desarrollo del empleo supone brindar a las personas la oportunidad para que puedan satisfacer, primeramente, sus necesidades biológicas elementales, como es la alimentación; y si a ello agregamos que también se deben cubrir otros requerimientos no menos importantes de las personas (satisfacción de los deseos alimentarios no básicos, vivienda, vestimenta, educación, esparcimiento, entre otras), no cabe sino reiterar lo que dije al inicio de este punto en cuanto a la obligación del Estado de garantizar a todos la satisfacción de los anteriores menesteres.

En esta senda, el rol interventor asumido por el gobierno actual no solo en materia de salud (elemental) sino también en lo que hace a la protección del empleo, informa respecto de un nuevo posicionamiento público en materia de derechos sociales, de lo cual es fiel reflejo la norma que en este trabajo he comentado desde algunos aspectos.

Siendo el trabajo, como energía vital de la persona humana, el motor fundamental de la economía contemporánea, paralelamente a la tutela del trabajador, y de forma claramente intencional y bienaventurada, también se está protegiendo la economía del país; y sin perjuicio de que la limitación de ciertos poderes de los empleadores puede traer a muchos de ellos más o menos prolongados inconvenientes financieros en sus empresas (que en todo caso deben ser aminorados por los mecanismos adecuados), considero que la política de empleo exige tomar en cuenta datos micro pero también efectos macroeconómicos, a fin de juzgar la utilidad o la justicia de una decisión como la que ahora se ha comentado desde el punto de vista laboral constitucional.

Cabe agregar en este subapartado que el resguardo del empleo del trabajador, así como también de su ingreso pecuniario produce efectos no solamente en lo que hace a la esfera individual del obrero (lo que entraría directamente en el primer párrafo del art. 14 bis, CN), sino que también, excediendo ese límite, proyecta sus incidencias positivas tanto en la órbita del derecho colectivo del trabajo como en el de la seguridad social.

Respecto de la incidencia en el ámbito colectivo, la limitación en el poder del empleador de suspender o extinguir el contrato de trabajo, bregando por la continuidad de este (al menos en lo que hace a la conservación del empleo y el pago de la remuneración) crea un beneficio en la órbita profesional, puesto que más allá de seguir produciéndose los pagos a la entidad colectiva interviniente (por concepto de cuota sindical, de solidaridad, entre otros), el hecho de que continúen vigentes los vínculos individuales genera un mayor impacto en la fuerza profesional y a su vez prolonga la injerencia de la actuación sindical específica hacia una relación de trabajo que continúa en el tiempo.

Pero por otra parte, la tutela del empleo y la remuneración fijada por el DNU 329/2020 permite que se extiendan sus efectos, a su vez, hacia el ámbito de la seguridad social, ya que la continuación del contrato de trabajo permea la materia de jubilaciones y pensiones (al permitir la continuidad de aportes y contribuciones respectivas), vinculándose también con la protección de la familia (al tutelar el ingreso alimentario esencial para ella) así como también con el derecho a la vivienda digna (amén de que muchas personas, aun trabajando, no pueden acceder con suficiencia a este derecho, lo cierto es que la remuneración como crédito del trabajador es lo que permite en la mayoría de los casos poder vivir en un hogar que al menos tenga las condiciones elementales para cada día). Como se observa, la protección del derecho al trabajo produce efectos en todos los ámbitos del derecho social, lo cual es un dato más que relevante al momento del juzgar la constitucionalidad de la norma en comentario.

V. Algunas conclusiones

La pandemia provocada por el COVID-19 ha puesto en jaque al mundo entero, obligando a que se tomen medidas urgentes con el fin de mitigar los efectos nocivos del virus señalado.

Cada país, de acuerdo con sus capacidades económicas, pero también en orden a sus especiales intereses, ha adoptado una posición singular, arraigada en más o en menos a las costumbres locales, así como también en el mayor o menor sentimiento nacional, la existencia o ausencia de grietas políticas, la facilidad o la dificultad para actuar con responsabilidad y disciplina.

A las enormes consecuencias negativas que está provocando la pandemia de público conocimiento no escapan el trabajo y todo lo que a este se encuentra vinculado; y también esa temática ha sido diversamente estudiada y tratada por los gobiernos del mundo, aun dentro de una misma región económica, lo cual da cuenta de la disparidad de culturas, pero también de intereses, incluso entre países limítrofes.

En la Argentina, posteriormente a la declaración de emergencia sanitaria (que sucediera antes de la propagación a gran escala del

COVID-19) y de haberse implementado el aislamiento preventivo y obligatorio para todo el país, fueron dictadas muchas medidas de corte económico, fiscal y tributario que intentaron, en línea con los recursos disponibles, hacer frente a la desaceleración económica nacional e internacional.

Mas en vista de los efectos que la mentada crisis económica podía tener no solamente en las finanzas de las empresas sino también, como proyección, en los propios contratos de trabajo, luego de advertirse una seguidilla creciente de alteraciones sustanciales en las vinculaciones de trabajo locales, se decidió (a mi modo de ver con muy buen criterio) la prohibición de suspender y de extinguir al trabajador producto de causales o motivos económicos o tecnológicos, haciéndose lo propio con el instituto del despido sin justa causa.

Luego del desarrollo que efectué en las páginas anteriores, concluyo que el DNU 329/2020 es claramente constitucional, en tanto ha tendido a tutelar, desde lo objetivo, el trabajo como prestación; mas según creo, la funcionalidad de la norma citada (y su fin más loable y defendible) es que ha buscado proteger con una medida fuerte y seria a la persona misma del trabajador, proyectando ello efectos tanto al ámbito de las relaciones colectivas como al terreno de la seguridad social, lo cual corrobora aún más la conclusión a la que arribo.

La situación sanitaria actual ha trastocado la vida de todos, y nuestro país no ha sido ajeno a ello. En esa situación, es imperativo que cada persona actúe de una manera responsable y que el gobierno de turno también lo haga, todo con el fin de aminorar las dificultades que surgen día a día.

Ejerciendo tal cometido, se ha dictado un decreto de necesidad que es una de las claves elementales en el resguardo de los derechos de las personas, así como también un reflejo del mensaje tuitivo proveniente de la Constitución Nacional.

En ese tramo, el derecho viene a cumplir una función crucial para el mantenimiento de la paz social y la protección de los derechos elementales de las personas. Claro que no es suficien-

te, puesto que debe ser acompañado del buen comportamiento que todos tenemos que seguir. Sin duda, opino que ese es el camino por el que

juntos tenemos que marchar para lograr entre todos un futuro mejor.

Las relaciones de trabajo en épocas de pandemia

Análisis de un rompecabezas normativo en un contexto de incertidumbre

Mariano J. Donzino (*)

Juan Carlos Bertazzi (**)

Sumario: I. Introducción.— II. Impacto en el mundo de las relaciones de trabajo.— III. El DNU 329/2020 y el orden público laboral (prohibición de suspensiones y despidos).— IV. Armandando el rompecabezas. Las condiciones de trabajo durante el aislamiento obligatorio.— V. El coronavirus como contingencia laboral en el personal afectado al servicio de la salud.— VI. El DNU 367/2020. El COVID-19 como contingencia laboral.— VII. A modo de conclusión: opciones para luego de concluido el aislamiento obligatorio.

I. Introducción

La crisis sanitaria del COVID-19 ha causado múltiples y fuertes impactos en el mundo del derecho laboral. Por medio del presente trabajo haremos una breve reseña de las normas nacionales dictadas, tendientes a regular las relaciones de trabajo en el ámbito privado, en el marco de la emergencia sanitaria en la cual está inserta nuestro país como consecuencia de la pandemia provocada por el coronavirus.

Esto obligó al gobierno nacional a tomar una serie de medidas tendientes a limitar, en la medida de lo posible, la propagación del mencionado virus. Tratándose de un virus de “gota”, la forma más eficiente de desacelerar su propagación es limitar la interacción de los individuos. Entre todas las medidas adoptadas por el gobierno nacional, destaca, en primer lugar, el

decreto de necesidad y urgencia (en adelante, todas las normas del tipo serán denominadas DNU) 260/2020, que impuso las siguientes medidas:

- Ampliación temporal de la emergencia sanitaria dictada mediante la ley 27.541 hasta el 18/03/2021, con lo cual se permite la adopción de ciertas medidas en el contexto de la emergencia.

- Declaración de zonas afectadas, la que después sería ampliada en numerosas oportunidades a medida que el virus alcanzó niveles de contagio suficientes en distintos países y regiones.

- El aislamiento obligatorio para aquellas personas que revistan la calidad de casos sospechosos de contagio, los efectivamente contagiados, las personas que hayan mantenido contacto estrecho con ellos y los viajeros que provengan de zonas afectadas.

- Suspensión de los vuelos hacia y desde las zonas afectadas, medida que luego sería amplia-

(*) Abogado (UNC). Especialista en Derecho del Trabajo (UBP). Maestrando en Derecho Empresarial (UBP).

(**) Abogado (UNC). Especialista en Derecho de los Negocios (UNC). Especialista en Risk Management y Compliance (Universidad George Washington). Maestrando en Derecho Empresarial (UBP).

da suspendiendo todos los vuelos, incluso los de cabotaje.

- Faculta al Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social a establecer las condiciones de las licencias de quienes se encuentren en aislamiento.

- Suspensión de todo evento masivo, cierre de museos, centros deportivos, restaurantes, piscinas, gimnasios, etcétera.

El mencionado DNU es declarado “de orden público” con la intención de reafirmar la imperatividad de sus normas y su primacía sobre disposiciones que no revistan la calidad de orden público y sobre los contratos que los privados puedan realizar. El DNU 297/2020 dictado en este marco no contiene un artículo con la declaración de orden público de sus normas; sin embargo, y dado que son todos dictados en el marco del DNU 260/2020 e implican nuevas medidas adoptadas en el mismo contexto normativo, debe entenderse que también revisten dicho carácter, máxime tratándose de normativa de emergencia. Los DNU 319/2020 y 320/2020, por su parte, sí contienen esta declaración, lo que ratifica la interpretación realizada respecto de las disposiciones contenidas en el DNU 297/2020.

En ese contexto, y ante el crecimiento de la cantidad de contagios a nivel mundial y local, se dicta el DNU 297/2020, que entre otras disposiciones contiene las siguientes:

- Establecimiento de un aislamiento social preventivo y obligatorio para todos los habitantes del país y quienes se encuentren temporalmente en la Argentina desde el 20/03/2020 hasta el 31 del mismo mes. Luego, el DNU 325/2020 extendió el aislamiento obligatorio hasta el día 12/04/2020, plazo que posteriormente fuera ampliado mediante los decs. 325/2020, 355/2020, 408/2020, 459/2020 y sucesivas prórrogas

- Se impone el deber de permanecer en la residencia habitual (para los residentes) o donde se encuentran (para quienes se encuentren en la Argentina, pero no tengan residencia), con abstención de concurrencia a los lugares de trabajo.

- Se suspende la apertura de todo local comercial fuera de los permitidos expresamente.

- Se establecen las excepciones al régimen de aislamiento.

Sobre esa normativa básica se dictó un sinnúmero de resoluciones de parte de los Ministerios, que fueron facultados para reglamentar las disposiciones de los DNU, generando un verdadero rompecabezas normativo que presenta grandes desafíos interpretativos, pero que, bien aplicado, puede marcar el mapa de ruta que una mipyme puede seguir para evitar el colapso de su plan de negocios ante la imprevisibilidad de las consecuencias económicas que producirá la pandemia que padece el mundo entero.

De esta forma, la regla vigente es el aislamiento obligatorio, con dispensa de la obligación de asistir al lugar de trabajo para todas las actividades no exceptuadas; las actividades exceptuadas están enumeradas en el DNU 297/2020 y fueron ampliadas por Resolución MTEYSSN 233/2020 y las Decisiones Administrativa del Jefe de Gabinete de Ministros Nros. 429/2020, 450/2020, 467/2020, 468/2020, 524/2020, y subsiguientes.

Los desplazamientos de las personas alcanzadas por dichas normas deberán limitarse al estricto cumplimiento de las actividades y servicios considerados esenciales.

Este trabajo no pretende más que eso: reflexionar sobre las normas dictadas en emergencia, poner de resalto aquellas que puedan ser de utilidad para la supervivencia de las mipymes y realizar un breve análisis de la situación con la premisa de la equidad ante una situación de crisis.

II. Impacto en el mundo de las relaciones de trabajo

La necesidad de procurar un aislamiento social, como es lógico suponer, ha causado un inmediato impacto en la actividad laboral, ya que, al limitarse la apertura y producción de determinadas empresas, se limita de forma directa el acceso al puesto de trabajo.

En este contexto, se han dictado distintas normas que regulan esta incidencia, las cuales in-

tentaremos sintetizar y explicar en el presente trabajo.

II.1. Resolución 207/2020 del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social (16/03/2020)

Esta resolución fue dictada con el fin de disminuir el nivel de exposición de los trabajadores y trabajadoras usuarios de los servicios de transporte, como, asimismo, la contención de la propagación de la infección por coronavirus.

Así, por medio de la presente resolución se establecieron licencias en el ámbito del contrato de trabajo por el plazo de catorce días [14] días, con goce íntegro de sus remuneraciones, para el siguiente colectivo de trabajadores y trabajadoras, a saber:

a) Trabajadores y trabajadoras mayores de sesenta [60] años de edad, excepto que sean considerados “personal esencial para el adecuado funcionamiento del establecimiento”. Se considerará “personal esencial” a todos los trabajadores del sector salud.

b) Trabajadoras embarazadas.

c) Trabajadores y trabajadoras incluidos en los grupos de riesgo que define la autoridad sanitaria nacional.

Dichos grupos, de conformidad con la definición vigente al día de la fecha, son:

1. Enfermedades respiratorias crónicas: enfermedad pulmonar obstructiva crónica (EPOC), enfisema congénito, displasia broncopulmonar, bronquiectasias, fibrosis quística y asma moderado o severo.

2. Enfermedades cardíacas: insuficiencia cardíaca, enfermedad coronaria, valvulopatías y cardiopatías congénitas.

3. Inmunodeficiencias.

4. Diabéticos, personas con insuficiencia renal crónica en diálisis o con expectativas de ingresar a diálisis en los siguientes seis meses.

No podrá declararse personal esencial a los trabajadores comprendidos en los incs. b) y c).

Con respecto a este grupo de trabajadores, no hay mayores dificultades interpretativas de la norma; éstos se encuentran dispensados de concurrir a prestar tareas a sus lugares habituales de trabajo o establecimientos, debiendo abonar el empleador la remuneración en legal forma durante el período de vigencia de dicha suspensión del contrato de trabajo. A diferencia de lo establecido en la res. 219/2020 (luego derogada por res. 279/2020 MTSS), no se la califica como *no remuneratoria* en ningún caso ni se establece la reducción de aportes o contribuciones patronales.

Asimismo, el art. 3º establece para los trabajadores que tienen a su cuidado menores o adolescentes escolarizados, y como consecuencia de la suspensión de clases en las escuelas establecida por res. 108/2020 del Ministerio de Educación de la Nación, que se considerará justificada su inasistencia a su puesto de trabajo. En tal supuesto, el trabajador que se encuentre inmerso en esta causal deberá notificar por escrito tal situación a su empleador, y éste deberá otorgar la correspondiente licencia. Pero aquí la norma nos plantea la duda, ante la falta de aclaración, de quién asume el pago de las remuneraciones durante el período de esta licencia o especie de suspensión del contrato de trabajo: ¿su pago corresponde al empleador o debe soportarlo el trabajador?

En el supuesto que estamos analizando consideramos que estamos ante una situación de carácter objetivo, una fuerza mayor, que impide al trabajador concurrir a su lugar de trabajo, la cual no se le puede imputar a su culpa o responsabilidad; por lo tanto, entendemos que, en virtud del deber de colaboración, el principio de buena fe (1) que debe reinar en toda relación de trabajo y el principio de razonabilidad (2), el empleador debe asumir el pago de la remuneración durante el plazo de duración de la licencia por la causal que estamos analizado. Pero si se

(1) Art. 63, LCT: “Principio de la buena fe. Las partes 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”.

(2) Es un principio general del derecho que opera como filtro en la aplicación de interpretaciones disvaliosas de una norma o de determinadas situaciones.

probara que la comunicación cursada por el trabajador de cuidado escolar u otro impedimento es falsa o se utiliza para otros fines, debe soportar eventuales sanciones.

II.2. Situación de las empresas en las que no se interrumpe la actividad

Como se ha visto, ciertas actividades continuarán trabajando, pero con restricciones de contacto, a fin de que, incluso en las actividades exceptuadas, se procure disminuir, en tanto ello fuera posible, el contacto social.

En dichas empresas se presentan tres posibilidades con relación a las relaciones laborales:

a) Prestaciones laborales habituales durante el período de aislamiento social preventivo y obligatorio impuesto por el DNU 297/2020:— Se abona la remuneración conforme al Convenio Colectivo de Trabajo aplicable a la materia y que se venía pagando.

- Haciendo un uso racional de la facultad del *ius variandi*, el empleador podrá modificar la jornada de trabajo (art. 2º, DNU 297/2020, y arts. 2º y 4º, res. MTESS 279/2020).

- Se autoriza al empleador a contratar trabajadores bajo la modalidad de trabajo eventual (art. 5º, res. MTESS 279/2020).

b) Prestaciones laborales de los trabajadores en sus lugares de aislamiento durante el plazo establecido por el DNU 297/2020:

- Ante esta situación serán las partes (trabajador-

empleador) quienes concierten sobre la modalidad de la prestación en tales circunstancias, debiendo el empleador abonar la remuneración habitual (art. 1º, res. MTESS 279/2020).

- El empleador deberá denunciar esta situación (prestación de tarea del trabajador en su lugar de aislamiento) ante la ART que corresponda, en la forma y con el alcance establecido en la res. SRT 21/2020.

c) Imposibilidad de realizar tareas tanto en el lugar de trabajo como en el de ais-

lamiento durante el plazo establecido por el DNU 297/2020:—

- Si bien estamos ante una situación objetiva de fuerza mayor, la cual es ajena al trabajador, en este supuesto el empleador deberá igualmente abonar la remuneración, pero ésta tendrá carácter no remunerativo, con excepción de los aportes y contribuciones al sistema nacional del seguro de salud y al INSSJP (art. 1º, res. MTESS 279/2020).

II.3. La suspensión por motivos económicos (disminución de trabajo) o fuerza mayor

Como primera aproximación, hay que decir que se trata de dos supuestos diferentes, con consecuencias y formas de prueba distintas, por lo que la fuerza mayor y la disminución de trabajo no son sinónimos, sino supuestos distintos a analizar.

En segundo lugar, es necesario analizar toda la normativa aplicable al caso, dado que en los análisis que han publicado distintos medios de prensa se soslayan tres normas que son fundamentales en ese análisis: primero, la ley 24.013; segundo el art. 8º del DNU 297/2020 y el DNU 329/2020.

Si bien los arts. 219, 221 y 223 bis de la Ley de Contrato de Trabajo (LCT) parecen permitir la suspensión del contrato de trabajo con el cumplimiento de tres recaudos (justa causa, suspensión por un plazo fijo y una notificación por escrito al trabajador), estos dispositivos se complementan con lo dispuesto en la ley 24.013 en sus arts. 98 a 105.

El art. 98 de la ley 24.013 claramente dispone que es requisito previo a la suspensión por causas económicas (falta o disminución de trabajo) o por fuerza mayor la sustanciación del procedimiento preventivo de crisis establecido en esa ley.

El art. 99 de dicha ley dispone que ese procedimiento será realizado ante el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (o la entidad que cumpla esas funciones en la jurisdicción correspondiente) y tendrá participación la asociación sindical del rubro de actividad de la empresa.

Este recaudo es necesario cuando la suspensión por las causas citadas sea de un número de empleados igual o superior al 15% de la planta cuando se trate de empresas de menos de 400 empleados, del 10% cuando sean empresas de más de 400 trabajadores y del 5% en el caso de más de 1000 trabajadores en la empresa.

Para las mipymes, las suspensiones que pueden realizar por causas económicas o de fuerza mayor sin pasar por el Ministerio de Trabajo (o autoridad similar local) es de un número muy reducido de empleados, y especialmente las empresas más pequeñas, con menos de 12 empleados, no podrán suspender a ninguno de ellos.

En el caso de que una mipyme decidiera recurrir a este procedimiento, ante la actual contingencia, deberá seguir las reglas planteadas por la LCT:

- Las suspensiones deben empezar por el personal menos antiguo dentro de cada especialidad.

- En caso de igual semestre de ingreso, se deberá comenzar por el personal sin carga de familia.

- En el caso de disminución o falta de trabajo, la suspensión no podrá exceder de treinta [30] días en un año.

- En el caso de fuerza mayor debidamente comprobada, no podrá exceder de setenta y cinco [75] días en un año.

- Que la suspensión tenga un término fijo.

- Notificar previamente al empleado.

- Que exista una justa causa basada en una de esas dos vertientes. En ambos casos hay que demostrar no sólo que la fuerza mayor tiene las características del caso fortuito (imprevisible, inimputable al empleador e inevitable), sino que, además, ha causado una imposibilidad de continuar normalmente con la relación de empleo, debiendo recurrir a esta clase de medidas para procurar la subsistencia de la empresa, siempre en el caso concreto. Esto último es resaltado *ex professo*, ya que el empleador que pretenda fundar una suspensión en esta clase de causales deberá demostrar que la situación de fuerza mayor ha repercutido específicamente en su actividad, le ha

producido un daño que no puede mitigarse con medidas que no impliquen la suspensión de contratos de trabajo, y, aun así, deberá demostrar que hizo los esfuerzos necesarios para que la medida de suspensión de empleados sea evitada. Es decir, deben probarse la seriedad del motivo de suspensión y los esfuerzos para evitarla.

- Suspender por esta clase de causas no implica necesariamente que el trabajador deje de percibir salarios, sino que el art. 223 bis permite al empleador mantener parte o todo el salario del trabajador, pero en concepto no remunerativo, debiendo realizar sólo las contribuciones establecidas en las leyes 23.660 y 23.661 (obra social y sistema nacional de seguro de salud).

- El trabajador puede impugnar esta decisión, y de así hacerlo podrá reclamar todos los salarios caídos, para lo cual deberá cuestionar la existencia de la justa causa o de cualquier otro recaudo de procedencia. Esto, independientemente de que se haya puesto en situación de despido indirecto, o no, según el art. 222 de la LCT.

- Por lo pronto, deberá esperar a que concluya la etapa de aislamiento social preventivo y obligatorio dispuesto por el DNU 297/2020, ya que en su art. 8° dispone claramente que durante este período los trabajadores tendrán derecho al goce íntegro de su salario según los parámetros que establezca el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social (MTESS).

De esta forma, antes de tomar una decisión de este tipo, un empleador deberá ser especialmente cuidadoso, procurando que aquélla no sea tomada dentro del período de aislamiento social preventivo y obligatorio (en adelante, "aislamiento obligatorio"), no supere determinado porcentaje de empleados y, además, pueda justificar con holgura haber tenido y ejecutado un plan de negocios que prevea esta clase de contingencias y que ha tomado todas las medidas necesarias para contener la situación una vez que se presentó.

III. El DNU 329/2020 y el orden público laboral (prohibición de suspensiones y despidos)

Tras el dictado por parte del Poder Ejecutivo del DNU 329/2020, luego prórrogado por DNU 487/2020, creemos que carecen de efi-

cacia las suspensiones dispuestas por el empleador invocando la facultad prevista en el art. 221, LCT. Ello así porque, en el ámbito del derecho del trabajo, la autonomía de la voluntad, como así también las facultades de las cuales son titulares los sujetos de la relación laboral (trabajador-empleador), se encuentran sujetas a un ámbito integrado por las directivas de los órdenes públicos de dirección y protección, es decir, el tan mentado *orden público laboral* (3).

Por lo establecido en los arts. 1º y 2º del DNU 297/2020, se encuentra suspendida la principal obligación que pesa en cabeza del trabajador en el marco del contrato de trabajo, la cual es concurrir a su lugar o establecimiento de trabajo a prestar tareas, y entendemos que esta medida fue dictada por el Poder Ejecutivo Nacional como medida de orden público de dirección. Por lo tanto, la facultad del empleador de disponer suspensiones invocando la causal de fuerza mayor sería contraria al orden público laboral y, ergo, ineficaz.

No menos importante nos parece destacar como medida de orden público laboral lo normado en el art. 8º del DNU 297/2020 y en el

(3) En el contrato de trabajo, el juego de la voluntad de las partes desempeña un papel secundario, mínimo, por cuanto el derecho del trabajo es tuitivo; al no existir un pie de igualdad entre las partes, protege al trabajador, que es la parte más débil en la relación de trabajo. Es decir que, mientras los empleadores —y principalmente en este caso puntual— tienen recursos suficientes para imponer determinadas condiciones, los trabajadores sólo cuentan con su fuerza, su capacidad de trabajo. Esa protección de los trabajadores se materializa mediante normas jurídicas adecuadas y tuitivas que llevan a contemplar situaciones no previstas (o no bien previstas) por el derecho común, motivo por el cual el derecho del trabajo abandona la concepción civilista y su corolario, cual es el principio de la autonomía de la voluntad, creándose el concepto de orden público laboral, comprensivo del principio de irrenunciabilidad de los derechos del trabajador. Vemos así que nace una situación especial, por cuanto, aun cuando las relaciones entre empleador y trabajador son de orden privado, la mayoría de las normas del derecho del trabajo son de orden público. Por eso son forzosas e irrenunciables, reduciendo la autonomía de la voluntad de las partes, pudiendo abandonarse este carácter imperativo sólo cuando la situación es más favorable para el trabajador. Trib. Trab. Formosa, sala I, 27/04/2004, "Alvarenga, Julio A. c. Mastervil SA y otros s/ acción común", c. 0.160866, Departamento de Informática Jurisprudencial del Poder Judicial de Formosa, 10/04.

art. 1º de la res. 279/2020 dictada por el Ministerio de Trabajo de la Nación, normas que garantizan el goce íntegro de sus remuneraciones a los trabajadores, estableciendo una suma de dinero que encuentra su causa en la seguridad social y el deber de solidaridad social que debe imperar ante los efectos negativos y devastadores que produce en el sistema productivo la pandemia que hoy azota al mundo entero. Dichas normas se integran de modo imperativo a cada uno de los contratos de trabajo celebrados en el territorio nacional o cuyos efectos se produzcan en él.

Si el empleador, vigente la normativa hasta aquí referenciada, hiciera uso de la facultad conferida por el art. 221, LCT, entendemos que incurriría en la *figura de fraude a la ley* (4), ya que haría uso de una facultad conferida por la legislación laboral, pero tal potestad se ejerce con la intención de eludir la aplicación de normas de orden público y, por lo tanto, deben volver las cosas a su estado anterior.

Los motivos arriba esgrimidos también son válidos para justificar la eficacia y validez del decreto que aquí venimos analizando en cuanto a la prohibición que pesa en cabeza del empleador de despedir sin justa causa y por las causales de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor por un plazo de 60 días.

La prohibición dispuesta en los arts. 1º y 2º del dec. 329/2020 a las facultades previstas por los arts. 221 y 247, LCT, determinan su antijuricidad (5) si son ejercidas en el marco de la emergencia sanitaria vigente en nuestros

(4) El fraude a la ley requiere de una alteración maliciosa y voluntaria del punto de conexión establecido por la norma de conflicto que envía a aplicar un derecho determinado, con la finalidad primera de evadir el derecho aplicable al caso. C1ºCiv. y Com. Córdoba, 06/10/2016, "Más Beneficios SA c. Santillán, Rodolfo A. s/ ejecutivo por cobro de cheques, letras o pagarés - recurso de apelación".

(5) La prohibición decretada por el Poder Ejecutivo Nacional en los arts. 1º y 2º del dec. 329/2020 establece la antijuricidad de las facultades previstas por los arts. 221 y 247, LCT, es decir que les resta su causa de justificación como medida de orden público de protección laboral y cuya consecuencia, en cuanto a su inobservancia, es la de restarle toda eficacia ipso jure y la restitución in natura del estado de cosas anterior a la implementación de las medidas dispuestas por el empleador.

días en el país. Y, al igual que ocurre con las suspensiones dispuestas por el empleador en este marco de emergencia, dispuesto un despido por parte de la patronal sin justa causa y por las causales de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor, por imperio de las disposiciones vigentes se deberá restablecer al trabajador en su puesto de trabajo, sin posibilidad alguna, por parte del empleador, de hacer uso de la facultad indemnizatoria del art. 245, LCT. El empleador que disponga un despido en este contexto estará cometiendo una conducta contraria a derecho, es decir, una franca violación a la ley.

Por último, estimamos que no faltarán planteos tendientes a cuestionar la validez constitucional de estos DNU. Consideramos al respecto que las disposiciones reglamentarias que establecen la prohibición de la suspensión y los despidos de personal, en los términos del referido decreto, no exceden las potestades del Poder Ejecutivo Nacional y, por ende, son constitucionales, ya que fueron emitidas dentro del ámbito temporal de la emergencia sanitaria delineada por la ley 27.541 y existió en el legislador una delegación de facultades positiva y expresa, que tendió a proteger la producción y las fuentes de trabajo. A análoga solución llegaron la doctrina (6) y la jurisprudencia, ante los DNU dictados por el Poder Ejecutivo Nacional que extendieron temporalmente la vigencia del art. 16 de la ley 25.561, en el marco de la emergencia pública declarada por dicha ley.

IV. Armando el rompecabezas. Las condiciones de trabajo durante el aislamiento obligatorio

Tal cual lo dispone el DNU 297/2020, el MTESS ha dictado distintas reglamentaciones para determinar las formas de trabajo durante el aislamiento obligatorio, estableciendo la regla general de aislamiento, con cese de concurrencia a los puestos de trabajo, las excepciones a dicho régimen y las formas de trabajo para los casos en los que pueda realizarse el trabajo en el domicilio del trabajador. Así, se han establecido una serie de situaciones que tie-

nen un tratamiento particular cada una, actualmente reguladas en las siguientes normas: DNU 297/2020 y 325/2020, y res. MTESS 279/2020, 202/2020 y 207/2020.

Según lo que se puede interpretar de esos dispositivos legales, se identifican distintas clases de situaciones de empleo durante el aislamiento obligatorio, las que serán analizadas a continuación, con la aclaración de que por el art. 8° del DNU 297/2020 se dispone que todos los trabajadores, presten o no servicios en forma personal o remota, tendrán derecho al salario durante el aislamiento obligatorio, por lo que los haberes por el mes de marzo (y al menos el mes de abril, merced a la más reciente ampliación del aislamiento obligatorio) deben ser abonados, pero veremos más adelante que lo serán bajo una particular modalidad que asemeja esta situación a la del art. 223 bis, LCT, pero sin reducción alguna.

Según la normativa de crisis bajo análisis, se pueden distinguir distintas situaciones laborales, que pueden agruparse de la siguiente manera:

a) Trabajadores en cuarentena obligatoria según DNU 287/2020 y res. MTESS 178/2020

Mediante las res. MTESS 178/2020 y 207/2020 se establece que las personas sometidas a cuarentena por provenir del exterior y zonas de riesgo gozaran íntegramente de sus haberes, lo que luego fue extendido a aquellos casos de aislamiento obligatorio dispuesto por el DNU 287/2020 para los siguientes casos:

- Casos sospechosos: aquellos que presenten fiebre y uno o más síntomas respiratorios (tos, dolor de garganta o dificultad respiratoria) y que, además, en los últimos días, tengan historial de viaje a "zonas afectadas" o hayan estado en contacto con casos confirmados o probables de COVID-19. Este grupo debe ser revisado, ante la evidencia de contagio comunitario, ya que la regla del contacto con personas provenientes de zonas afectadas ya ha dejado de ser la única fuente de contagio y, en vistas de la restricción total de ingreso al país (excepto el caso de repatriados), este caso comenzará a ser cuantitativamente menor respecto del contagio comunitario.

(6) GRISOLIA, Julio - HIERREZUELO, Ricardo, "Constitucionalidad de los decretos que prorrogan la suspensión de los despidos", LNL-2003-11-722.

- Contagios confirmados de COVID-19.
- Contactos estrechos con personas incluidas en los dos casos anteriores.
- Quienes arriben al país desde zonas afectadas, que actualmente es cualquier ingreso desde el extranjero.

En todos estos casos deberá mantenerse el haber por aplicación del art. 2º de la res. MTESS 178/2020; esto deberá ser extensivo a quienes presenten estos casos de contagio y a los contactos estrechos en el futuro, exista o no la imposición de un aislamiento obligatorio, máxime ante la posibilidad concreta de tratamiento ambulatorio para aquellos contagiados que no se encuentren en los grupos de riesgo.

b) Trabajadores de actividades exceptuadas que pueden concurrir al puesto de trabajo

Según el art. 6º del DNU 297/2020, se encuentran exceptuados del aislamiento obligatorio quienes se desempeñen en el listado de actividades que a continuación se detallan, pero siempre teniendo en cuenta que aquellas personas que, pese a desempeñarse en actividades exentas de aislamiento, se encuentren en los grupos mencionados en el acápite anterior deberán guardar aislamiento obligatorio con pleno goce de haberes durante un período de 14 días desde que se verifique la situación que los obliga a aquel.

Las actividades exceptuadas están enumeradas por el DNU 297/2020 y fueron ampliadas por Resolución MTEYSSN 233/2020 y las Decisiones Administrativa del Jefe de Gabinete de Ministros Nros. 429/2020, 450/2020, 467/2020, 468/2020, 524/2020 y subsiguientes.

Tal cual lo dispone el art. 8º del DNU 297/2020, el MTESS ha reglamentado las formas de trabajo durante el aislamiento obligatorio mediante la res. 219/2020; a nuestro criterio, es aplicable en la especie el art. 4º de la mencionada resolución, que considera como un uso razonable del *ius variandi* la reorganización de la jornada de trabajo. Dentro de esta reorganización debemos considerar lo mencionado en el art. 1º de dicha resolución, respecto de la posibilidad de realizar

el trabajo habitual, o tareas asimilables, desde el hogar.

Es decir, incluso las actividades excluidas del aislamiento obligatorio pueden, y deben, reorganizar sus jornadas de trabajo para poder funcionar con el personal mínimo en planta y destinando al teletrabajo la mayor cantidad de personal posible, ya que la reducción de los contactos es la *ratio legis* de toda esta normativa, y no sería coherente mantener formas de trabajo habituales dentro de la emergencia. Este razonamiento es expresamente confirmado por el art. 3º de la res. JGM 450/2020, que reza: “Los desplazamientos de las personas alcanzadas por el presente artículo deberán limitarse al estricto cumplimiento de las actividades y servicios considerados esenciales”.

Para los trabajadores en esta situación, las condiciones de trabajo cambiarán exclusivamente en razón del debido aislamiento, pero sus salarios no se verán modificados.

c) Trabajadores de actividades exceptuadas y no exceptuadas que pueden trabajar desde su hogar

En igual situación que la del acápite anterior —es decir, la continuación de la percepción de haberes sin afectación al régimen de emergencia— estarán los trabajadores que sean afectados al trabajo desde su domicilio por parte del empleador. Todo por aplicación del art. 1º de la res. MTESS 219/2020 (vigente hasta el 31/03/2020 inclusive) y la res. 279/2020 del mismo organismo.

Ambas situaciones tienen como denominador común que el trabajador sigue brindando su prestación, mientras que el empleador continúa con su actividad económica, por lo que no hay mérito para modificar las modalidades salariales de estos trabajadores. En ese sentido, el DNU 325/2020 es claro respecto de la necesidad de continuar el trabajo desde su lugar de aislamiento en todo aquello que sea posible, debiendo cumplir las órdenes de su empleador (art. 2º, DNU 325/2020). La res. MTESS 279/2020 ratifica esta conclusión en su art. 1º y especialmente en el art. 6º, que determina que los días de aislamiento obligatorio no son entendidos como asuetos o feriados a la hora de liquidar el

suelo. Por su parte, en el art. 4º de dicho dispositivo se dispone que la modificación de tareas y jornadas de trabajo, para cumplir el aislamiento obligatorio, se considerará un uso razonable del *ius variandi*.

d) Trabajadores de actividades exceptuadas y no exceptuadas que no puedan trabajar desde su hogar y no puedan concurrir al puesto de trabajo

Se trata del caso de aquellos que no estén incluidos en los casos de grupo de riesgo ni en el aislamiento obligatorio según el DNU 297/2020 ni en la res. 178/2020 (contagiados, contacto estrecho, grupos de riesgo, viajeros del exterior, etc.) y que, en uso razonable del *ius variandi*, para respetar la directiva de reducción de contacto, no presten tareas presencialmente ni desde su lugar de aislamiento.

Para estos casos, que son una gran parte de los empleos de la Argentina (piénsese en todo el comercio minorista no declarado esencial y las industrias en igual situación), se ha dispuesto que perciban el 100% de sus haberes durante la vigencia de la res. MTESS 219/2020 (es decir, desde el 20 al 31/03/2020, ambos inclusive), pero en concepto no remunerativo, excepto para los aportes y contribuciones referentes al sistema nacional de seguro de salud y al Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (INSSJP), según lo dispuesto en el art. 8º del DNU 297/2020.

Vale decir que el trabajador recibirá su salario sin reducciones por parte del empleador, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 8º del DNU 297/2020, pero aquél tendrá carácter no remunerativo, por lo que el empleador sólo deberá realizar los aportes y contribuciones correspondientes al INSSJP (ley 19.023), al seguro de salud y al Fondo Solidario de Redistribución (leyes 23.660 y 23.661, respectivamente). De esta forma, y según las alícuotas establecidas por la ley 27.541, el empleador deberá abonar el 6% correspondiente al seguro de salud (obra social) y el 2% correspondiente al INSSJP - PAMI, mientras que al trabajador se le retendrá el 3% por cada uno de los conceptos mencionados.

Puede verse que se trata de un supuesto muy similar al del art. 223 bis de la LCT, con la diferencia de que es obligatorio, se abona el total del haber y se agrega como aporte y contribución el aporte al INSSJP.

Luego, a partir de la entrada en vigor de la res. MTESS 279/2020, que expresamente deroga la res. 219/2020, estos trabajadores deberán cobrar el 100% de su haber normalmente y con los aportes habituales, merced a la expresa derogación del siguiente párrafo: "...Quienes efectivamente acuerden este modo de realización de sus tareas, percibirán su remuneración habitual en tanto que, en aquellos casos que esto no sea posible, las sumas percibidas tendrán carácter no remuneratorio excepto respecto de los aportes y contribuciones al sistema nacional del seguro de salud y al Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados. La Administración Federal de Ingresos Públicos dispondrá las medidas necesarias a fin de verificar la correcta aplicación de esta disposición". Todo esto mientras dure el aislamiento obligatorio.

e) Trabajadores contratados durante el aislamiento obligatorio

Para los casos de necesidad de contratar personal durante el aislamiento obligatorio (como puede ser el caso de la fabricación de insumos médicos, indumentaria médica, etc.), el art. 5º de la res. MTESS 219/2020 (repetido luego en el art. 5º de la res. 279/2020) dispone que dichos trabajadores serán considerados como eventuales, es decir que esas contrataciones tendrán una presunción de ser consideradas como realizadas bajo circunstancias extraordinarias y transitorias.

Lo que vemos es que se dan por probados los requisitos del carácter extraordinario y la transitoriedad que se requieren para la configuración de la modalidad de trabajo eventual.

Como beneficio para incentivar esta clase de contratación (que también podría ser utilizada para contratar personal en reemplazo de aquellos que deban guardar aislamiento obligatorio por encontrarse en situaciones descriptas en el DNU 260/2020), se establece que sobre estos trabajadores habría una reducción del 95% de

la alícuota prevista en el art. 19 de la ley 27.451 que se destine al Sistema Integrado Previsional Argentino.

V. El coronavirus como contingencia laboral en el personal afectado al servicio de la salud

Para poder establecer si el virus del COVID-19 puede ser una contingencia cubierta por la Ley de Riesgos del Trabajo en el ámbito de los trabajadores de la salud, primero debemos establecer cuáles de estas contingencias encuentran cobertura en la ley 24.557.

Así, el art. 6° de la referida ley establece y define que las siguientes contingencias estarán cubiertas por el sistema de riesgos del trabajo, a saber:

- *Accidente de trabajo*: se considera accidente de trabajo a todo acontecimiento súbito y violento ocurrido por el hecho o en ocasión del trabajo.

- *Accidente "in itinere"*: es el ocurrido en el trayecto entre el domicilio del trabajador y el lugar de trabajo, siempre y cuando el damnificado no hubiere interrumpido o alterado dicho trayecto por causas ajenas al trabajo.

- *Enfermedades profesionales*: son las que se originan en el ambiente de trabajo y, en principio, están incluidas en el listado elaborado por el Poder Ejecutivo. También serán consideradas enfermedades del trabajo (en virtud de lo establecido por el dec. 1278/2000) las enfermedades profesionales que, en cada caso concreto, la Comisión Médica Central determine como provocadas por causa directa e inmediata de la ejecución del trabajo, excluyendo la influencia de los factores atribuibles al trabajador o ajenos al trabajo.

Establecidas las contingencias cubiertas por la Ley de Riesgos de Trabajo, podemos afirmar que el COVID-19 no es una enfermedad profesional en los términos del art. 6°, inc. 2.a), es decir, no es una enfermedad listada.

Pero sí es una patología que debe ser cubierta por las Aseguradoras de Riesgos del Tra-

bajo, con sustento en el art. 6°, inc. 2.b), de la ley 24.557, ya que los trabajadores del sistema de salud se encuentran en la primera línea de batalla en la lucha contra el avance y las consecuencias del virus (médicos, enfermeros, personal de limpieza, personal de mantenimiento, entre otros) y necesariamente están en contacto con el virus; ante este cuadro de situación podrían darse los requisitos necesarios a los fines de considerar una enfermedad como profesional: el agente, la exposición, la enfermedad y la relación causal directa.

No hay dudas acerca de que dichos contingentes de trabajadores están frente a un *agente de riesgo*, que es su *exposición directa al virus* (más allá de que presten sus tareas con todos los elementos y medidas de seguridad e higiene del trabajo), y que la *patología tiene directa relación de causalidad* con la tarea que prestan. Dicho esto, nos parece que en el supuesto de contagio del virus del COVID-19 por parte de un trabajador del sistema de salud, estamos frente a una enfermedad profesional (7) y, por lo tanto, será una contingencia que deberá ser cubierta por las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo o por el empleador autoasegurado, según el caso.

(7) En lo que al stress laboral se refiere, cabe remitirse al informe médico del que surge que en la historia clínica se denuncia que el actor padecía stress, destacando el profesional que en las tareas del accionante hay pautas determinadas, objetivos a cumplir que generan tensión y con el tiempo sí pueden poner en peligro la salud del empleado, toda vez que el examen preocupacional ha sido aprobado. Siendo también importante destacar que el médico ha informado que sí surge el antecedente objetivo que permite considerar el nexo entre la cardiopatía isquémica y la actividad laboral desarrollada por la parte actora en su lugar de trabajo, que justamente el trabajo es lo más objetivo. Por otra parte, en cuanto al planteo que realiza la ART acerca de que el stress se trata de una afección excluida de toda cobertura, no resulta razonable afirmar que las enfermedades que no figuren en el listado del inc. a), art. 6°, ley 24.557, no puedan ser resarcibles, ya que ello resulta violatorio del mandato constitucional al pretender negar el derecho de una persona de ser reparado por el daño sufrido (art. 19, CN). Cabe desestimar el planteo de la ART demandada referido a que la enfermedad del actor es inculparable y está excluida de la cobertura asegurativa, y confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto consideró que el infarto sufrido, que derivó en la colocación de un stent, tuvo su origen en las condiciones laborales y el stress generado en el trabajador. CNTrab., sala VII, 30/06/2016, "Méndez, Andrés D. c. Taraborelli Automobile SA s/ despido".

VI. El DNU 367/2020. El COVID-19 como contingencia laboral

En el apartado anterior, redactado días antes del dictado del DNU 367/2020, pusimos de relieve los argumentos por los que considerábamos que la enfermedad COVID-19 debía ser considerada una contingencia que merecía cobertura integral por el sistema de la Ley de Riesgos del Trabajo.

La pandemia del coronavirus se caracteriza por presentar una dinámica que exige a los distintos actores sociales, y en especial al Estado, ir tomando decisiones sobre la marcha, para hacer frente a la crisis sanitaria, social y económica en la cual nos encontramos inmersos producto de esta calamidad. En esta vertiginosa actividad legislativa (siempre a través de DNU, dado que un poder del Estado ha fallado nuevamente en su función —nos referimos al paralizado Poder Legislativo—), se consideró, con acierto, la situación de los trabajadores que pudieran sufrir un contagio por COVID-19 en el marco de una relación laboral excluida del aislamiento obligatorio.

Así las cosas, con fecha 13/04/2020, el Poder Ejecutivo Nacional dictó el dec. 367/2020, en virtud del cual se estableció que la enfermedad COVID-19 producida por el coronavirus se considerará *presuntivamente* una enfermedad de carácter profesional —no listada— en los términos del apart. 2º, inc. b), art. 6º, ley 24.557, respecto de las y los trabajadores dependientes excluidos mediante dispensa legal del cumplimiento del aislamiento social, preventivo y obligatorio con el fin de realizar actividades declaradas esenciales, ordenado por el dec. 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 art. 4º del presente decreto (el cual hace referencia a los trabajadores de la salud). 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.

Por medio del DNU que aquí estamos analizando, el sistema de riesgos del trabajo comienza a dar respuestas, al menos circunstanciales, otorgando cobertura a una contingencia que a todas luces reviste el carácter de laboral, amoldando así la protección del trabajador a lo dispuesto por la Organización Internacional del Trabajo, que en su documento “Las normas de la OIT y el COVID-19 (coronavirus)” (8), del 23/03/2020 (publicado el 27/03/2020), establece: “La enfermedad del COVID-19 y el trastorno de estrés postraumático contraídos por exposición en el trabajo, podrían considerarse como enfermedades profesionales. 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”.

Los arts. 1º y 2º del decreto disponen simultáneamente: a) aceptación de denuncia, con imposibilidad de rechazo *in limine*; b) cobertura inmediata de prestaciones dinerarias y médicas (art. 2º); c) condicionalidad del reconocimiento definitivo al tránsito por el procedimiento especial del art. 6º de la Ley de Riesgos del Trabajo sobre enfermedades no listadas (arts. 1º y 3º).

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. 4º del DNU 367/2020).

Por último, 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 dec. 297 de fecha 19 de marzo de 2020”.

A modo de síntesis: los trabajadores que contraen el coronavirus en actividades exceptuadas del aislamiento obligatorio gozan de la presunción de enfermedad profesional pero no listada y deben transitar el procedimiento establecido en Ley de Riesgos del Trabajo por ante las Comisiones Médicas a los fines de lograr el reconoci-

(8) Véase https://www.ilo.org/global/standards/WCMS_739939/lang-es/index.htm.

miento definitivo del carácter profesional de tal patología padecida. Por su parte, se considera que si el personal que presta tareas en el sistema de salud contrae la enfermedad COVID-19, ello guarda relación de causalidad directa e inmediata con la labor efectuada, salvo prueba en contrario, que deberá producir la Aseguradora de Riesgos del Trabajo respectiva o el empleador autoasegurado, en su defecto.

La metodología elegida por el Ejecutivo para este caso es simple: primero declara que el contagio de COVID-19 es una enfermedad no enlistada, con lo que encuadra el siniestro del contagio dentro de la cobertura otorgada por la Aseguradora de Riesgo del Trabajo, y luego establece una presunción (*iuris tantum*) de relación causal con la prestación del trabajo (en el ámbito de una actividad exceptuada del aislamiento social, preventivo y obligatorio), lo que implica una inversión de la carga probatoria, al poner en cabeza de la ART la prueba de que el siniestro se produjo fuera del ámbito laboral.

Si bien se trata de una enfermedad no enlistada, por lo que el trabajador deberá transitar el camino de su determinación y sus consecuencias en las Comisiones Médicas, lo hará con la certeza de que no deberá demostrar que el COVID-19 es una enfermedad laboral, lo que se ha probado *ipso iure*, ni cargará con el peso de la prueba de la relación causal, por lo que una eventual resistencia de la ART deberá ser fundada en una prueba contundente que pueda destruir las presunciones legales que juegan a favor del trabajador.

Creemos que el DNU 367/2020, si bien ha venido a dar respuestas frente al interrogante que planteaba la pandemia del coronavirus y su repercusión en la salud de los trabajadores cuando la enfermedad COVID-19 se contrae por causa directa o bien en ocasión del trabajo, se quedó a mitad de camino. Lo correcto hubiera sido, frente a lo extremadamente contagioso del coronavirus, incluir al COVID-19 como una enfermedad listada y que dicha patología —y en tal carácter— sea reconocida para todo el universo de trabajadores que presten tareas consideradas “esenciales” en el marco de la emergencia sanitaria que hoy nos toca atravesar.

Tal solución, aparte de ser la que mejor se adecua al principio protectorio del trabajador, brindaría seguridad jurídica a los dos sujetos de la relación laboral: 1) el trabajador tendría la certeza de que, en el caso de padecer tal contingencia, contaría con la cobertura integral del sistema de la Ley de Riesgos del Trabajo, con la sola condición de denunciarla a su ART o empleador autoasegurado; y 2) a su vez, el empleador sabría que su dependiente afectado por el coronavirus recibirá, por parte de la ART, todas las prestaciones médicas, en especie y dinerarias, sin que ello dependa de procedimiento o trámite alguno por parte del trabajador.

VII. A modo de conclusión: opciones para luego de concluido el aislamiento obligatorio

Ha quedado claro que, durante el aislamiento, no son viables las suspensiones sin goce de sueldo (por fuerza mayor o disminución de trabajo) ni se pueden realizar acuerdos de disminución de haberes con los trabajadores. Esto implica que el mes de marzo de 2020 deberá ser íntegramente abonado a los trabajadores.

Durante ese período, y según el esquema antes planteado, el empleador podrá hacer uso de las exenciones de realizar aportes y contribuciones mencionadas en la res. MTESS 219/2020 hasta el 31 de marzo y a partir del 01 de abril, por lo dispuesto en la res. 279/2020 del mismo organismo.

Estas disposiciones se encuentran vigentes para todo el período que dure el aislamiento obligatorio, pero no podemos dejar de preguntarnos qué medidas se podrán tomar luego de terminado ese plazo (que por lo pronto puede ser extendido por el Ejecutivo), con una economía que empezará a sufrir los primeros golpes que le propinará esta pandemia, y adelantamos que va a ser una paliza.

Surge, como primera opción, el repartir la carga de esta disminución real de trabajo —que tendrá la mayoría de los empleadores— con el trabajador, haciendo uso de lo dispuesto en el art. 223 bis de la LCT. Esta opción se ve ratificada por lo expresado en el art. 3° del DNU 329/2020, en su párrafo final, que reza: “Quedan exceptuadas de esta prohibición las suspensiones efectuadas en los términos del art. 223 bis de la LCT”,

por lo que se interpreta que se podrán realizar suspensiones acordadas con los trabajadores u homologadas por la autoridad de aplicación que corresponda según la jurisdicción competente con pago de parte o todo el haber en concepto no remunerativo.

Los procedimientos preventivos de crisis regulados en los arts. 98 y ss. de la ley 24.013 no deben descartarse para luego del 01/06/2020, pero deberán ser acompañados de una prueba muy concreta de la real afectación al plan de negocios de la empresa por el efecto del coronavirus y de la razonable adaptación de la empresa a las circunstancias, con medidas de reducción de costes en recursos que no sean el recurso humano como primera alternativa. También deberá demostrar que su plan de negocios preveía razonablemente algún momento de baja de trabajo y que se habían tomado las previsiones necesarias para mitigarlo. Es decir, se deberá probar que la empresa no subsistía día a día, sino que contaba con un análisis de flujo financiero que garantizara la operatoria al corto plazo.

Es que si bien el brote y la propagación del coronavirus no se podían prever hace seis meses, sí se podía (y se debía) prever alguna baja de tra-

bajo, en una economía que todavía no ha salido de recesión y con una refinanciación de deuda externa soberana que plantea grandes desafíos para la obtención de fondeo externo para toda clase de proyectos, incluso para la obtención de medidas de liquidez a través de entidades financieras, tales como créditos preacordados y giro en descubierto.

No es razonable que una empresa con una conducción seria no haya previsto una creciente dificultad durante 2020 para obtener financiación externa, e incluso interna (a través de aportes de socios en el concepto que fuera). Hablamos de la necesidad de demostrar la imprevisibilidad y la inevitabilidad que exige el procedimiento preventivo de crisis.

En cualquier caso, para acceder a esta clase de procedimientos deben suceder al menos tres cosas: 1) pasar la etapa más aguda de la desaceleración de la economía que acarrea la pandemia de COVID-19, y 2) el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social y sus correlativos por cada jurisdicción deberán volver a estar plenamente operativos; 3) que se implementen luego del 01/06/2020.

Un nuevo escenario para el derecho del trabajo argentino

Reflexiones a partir de la pandemia, el aislamiento social y los cambios normativos

Mario S. Fera (*)

Karina V. Couceyro (**)

Sumario: I. Introducción.— II. Estructura y diseño del derecho del trabajo argentino en 2020.— III. La emergencia como “sismo”.— IV. Algunos institutos laborales abordados por las normas de emergencia.— V. Emergencia y empleadores.— VI. Emergencia e informalidad laboral.— VII. Ideas finales.

I. Introducción

Las circunstancias sanitarias que provocaron la situación de emergencia que estamos viviendo cerca ya de mediados de 2020 y que caracterizan los últimos meses, con impacto en la vida personal, social y económica son, como se vislumbra, parte de un proceso cuyo fin es aún incierto en nuestro país y en el resto del mundo.

En Argentina dichas circunstancias resultan jurídicamente abarcadas, en lo sustancial, por: a) la ley 27.541, que a fines del año pasado declaró la emergencia pública en materia sanitaria (1) hasta el 31 de diciembre de 2020; b) el DNU 260/2020, del 12 de marzo de 2020, que amplió esa emergencia sanitaria con motivo de la pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud en relación con el coro-

navirus COVID-19, por el plazo de un [1] año a partir de la entrada en vigencia de este decreto; c) el DNU 297/2020, que estableció la medida de “aislamiento social, preventivo y obligatorio” para todas las personas que habitan en el país o se encuentren en él en forma temporaria, desde el 20 de marzo; d) plazo que posteriormente fuera ampliado mediante los decs. 325/2020, 355/2020, 408/2020, 459/2020 y sucesivas prórrogas.

Entre los muchos planteos y reflexiones que las circunstancias actuales motivan, particularmente nos interesa —como objeto del presente trabajo— poner el enfoque en el encuadramiento jurídico y la proyección que la situación puede tener en la regulación presente y futura de distintas instituciones del Derecho del Trabajo.

En el marco de esta disciplina, cabe advertir que las circunstancias y situación de emergencia aludidas se conjugan con ciertos temas —como los nuevos desafíos que presenta el futuro del trabajo— que en los últimos años estaban siendo objeto de examen con miras a reformas, no sólo en nuestro país, para adaptar las leyes laborales a ciertas realidades que ya exhibe el trabajo del presente y que se aprecian como irreversibles e influenciadas por múlti-

(*) Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo.

(**) Prosecretaria Letrada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

(1) Entre las materias económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética y social, y hasta el 31 de diciembre de 2020 y delegó en el Poder Ejecutivo nacional, en los términos del art. 76 de la CN, entre otras, las facultades derivadas de las previsiones que en materia sanitaria se establecieron en los arts. 64 a 85 de dicha ley (27.541).

ples factores que caracterizan a las sociedades actuales (2).

Admitida esa conjugación de factores, la situación actual por efecto de la pandemia parece dejar a la vista un nuevo escenario donde es posible observar el impacto que ciertas medidas probablemente produzcan hacia futuro en el derecho del trabajo (3).

Conviene observar, dimensionar y reflexionar al respecto. Intentaremos comenzar a hacerlo en las líneas que siguen, con las limitaciones propias de asumir la transitoriedad del tiempo que vivimos, pero, a la vez, con la necesidad de abrir interrogantes y procurar responderlos reafirmado los aspectos que, según consideramos, deberían guiar los cambios que puedan producirse en el derecho argentino.

(2) Cfr. FERA, Mario S., “La OIT pone el foco en el futuro del trabajo. ¿Es oportunidad de pensar en ello y encaminar políticas de mediano y largo plazo que nos posicionen en el escenario internacional?”, DT 2018 (julio), 1568, cita online: AR/DOC/1292/2018; y FERA, Mario S., “A propósito de figuras que vuelven a poner en el centro del debate el objeto del derecho del trabajo”, TySS 2018/12, p.1219.

(3) La Organización Internacional del Trabajo emitió el 18 de marzo pasado un comunicado (titulado: El COVID-19 y el mundo del trabajo: Repercusiones y respuestas) en el que enunció —a modo de evaluación preliminar— tres aspectos como repercusiones adversas del COVID-19 en el mundo del trabajo: 1) la cantidad de empleo (tanto en materia de desempleo como de subempleo); 2) la calidad del trabajo (con respecto a los salarios y el acceso a protección social); y 3) los efectos en los grupos específicos más vulnerables frente a las consecuencias adversas en el mercado laboral. Junto a esa evaluación preliminar propuso un conjunto de medidas a nivel político para mitigar esas repercusiones y facilitar una recuperación sólida y eficaz. Como es obvio, por la permanente evolución de la situación mundial desde esa fecha, el propio organismo se comprometió a actualizar la evaluación efectuada a partir de los nuevos datos que se fueran presentando, lo cual no empaña el significativo valor de los conceptos allí vertidos que, por sus características, conservan plena actualidad para enfocar desde los valores que impulsan al organismo el impacto que en lo sustancial puede producirse en el mundo del trabajo y direccionar las políticas legislativas y las acciones de los Estados. Por ello recomendamos la lectura completa del comunicado, que puede consultarse en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/briefingnote/wcms_739158.pdf.

II. Estructura y diseño del derecho del trabajo argentino en 2020

Este es un buen momento para repasar lo que es en Argentina derecho “estructural” del trabajo y lo que es el “diseño” posterior puesto sobre la estructura constitucional por nuestro legislador.

A propósito de ello, cabe traer a colación la distinción que planteamos desde hace algunos años en el ámbito académico, con finalidad pedagógica, entre las normas constitucionales como “estructurales” (cimientos, columnas y vigas) y las normas infraconstitucionales como “diseño” posterior tendiente a finalizar una “obra” para habitar (hablando de arquitectura: se trata de las terminaciones y detalles funcionales). Con base en eso, hemos reflexionado insistentemente en que cuando se plantean posibles “reformas laborales” por vía legal, es necesario tomar en cuenta cuál es la conformación estructural del derecho del trabajo argentino, para evitar así poner en riesgo las columnas y vigas que sostienen el imaginario “edificio”.

En ese orden de ideas, recordamos que en nuestro país el constituyente ha puesto a mediados del siglo pasado como cimiento del edificio que tratamos, la “protección” legal del trabajo en sus diversas formas, con el imperativo de que sea “asegurado” un conjunto de derechos a la persona trabajadora.

Pueden apreciarse dos columnas importantes a partir del cimiento protector, en la “dignidad” y la “equidad” establecidas como adjetivos de las condiciones de labor que han de asegurarse. Esta idea del carácter medular de la dignidad y equidad va en línea con la extensión que la Corte Suprema de Justicia de la Nación atribuyó a dicho mandato constitucional del art. 14 bis en el emblemático caso “Vizzoti”, resuelto en 2004, al señalar que se proyecta sobre todos los restantes contenidos de la norma (4).

La “estructura” jurídica laboral restante queda conformada en nuestro país por mandatos que,

(4) “... que, sin perder su identidad y autonomía, también son susceptibles de integrar el concepto de condiciones de labor” (CS, Fallos: 327:3677; consid. 9º, segundo párrafo).

como se sabe, protegen la duración del trabajo (jornada limitada y descansos y vacaciones pagados), su retribución (justa, igual, mínima, vital y móvil y con participación en la ganancias de las empresas), la estabilidad (del empleado público y protección contra el despido arbitrario y en general) y la libertad sindical (como derecho a una organización sindical, sumado a derechos gremiales y a la protección de los representantes sindicales) (5), los que fueron complementados en 1994 (6).

Y esa estructura o bloque constitucional, que se encuentra enriquecido por un conjunto de normas supralegales —fundamentalmente contenidas en los convenios de la Organización Internacional del Trabajo ratificados por nuestro país— fue, a lo largo de las décadas pasadas, reglamentada/o mediante numerosas leyes (en materia de derecho individual y colectivo del trabajo, administrativo, procesal, etc.), modelándose así el edificio que, con sus terminaciones y detalles funcionales, fue impactado por el “sismo” de la emergencia que nos toca vivir en estos días.

En tiempos como el actual, resulta de importancia distinguir con claridad entre los distintos niveles de protección jurídica del trabajo y de la persona trabajadora, para dimensionar el impacto de la emergencia y proyectar las consecuencias posibles.

III. La emergencia como “sismo”

Si hablamos del derecho constitucional como estructura, según lo anticipamos, podríamos decir que la emergencia que vivimos actúa como un “sismo”, que es de intensidad indeterminada aún. En ese orden de ideas, las constituciones pueden exhibirse mejor o peor preparadas para afrontar movimientos externos (sísmicos) sin resultar dañadas. El resguardo de los derechos humanos, individuales y sociales, nos muestra y mostrará en qué medida nuestra Constitución está preparada para enfrentar el sismo que estamos atravesando, o —quizás avanzando un poco más— cuáles son en nuestra estructura jurídica las partes que reconocemos más o menos fuertes (7).

(5) Art. 14 bis, CN.

(6) Cfr. partic. arts. 75, incs. 19, 22 y 23, CN.

(7) No en vano la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha emitido una declaración (nro. 1/2020; del 9 de abril pasado) titulada: “COVID-19 y derechos huma-

La declaración de la emergencia por las autoridades nacionales de nuestro país parece, a esta altura de las circunstancias, ob-

nos: los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales”. En ella se señalan, entre otras cuestiones y en lo que es de nuestro especial interés, que: “Todas aquellas medidas que los Estados adopten para hacer frente a esta pandemia y puedan afectar o restringir el goce y ejercicio de derechos humanos deben ser limitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales, y acordes con los demás requisitos desarrollados en el derecho interamericano de los derechos humanos”; los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales deben ser garantizados sin discriminación a toda persona bajo la jurisdicción del Estado y, en especial, a aquellos grupos que son afectados de forma desproporcionada porque se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad, como son las personas mayores, las niñas y los niños, las personas con discapacidad, las personas migrantes, los refugiados, los apátridas, las personas privadas de la libertad, las personas LGBTI, las mujeres embarazadas o en período de post parto, las comunidades indígenas, las personas afrodescendientes, las personas que viven del trabajo informal, la población de barrios o zonas de habitación precaria, las personas en situación de calle, las personas en situación de pobreza, y el personal de los servicios de salud que atienden esta emergencia”; “las trabajadoras y trabajadores de la salud deberán ser proveídos de los insumos, equipos, materiales e instrumentos que protejan su integridad, vida y salud, y que les permita desempeñar su labor en términos razonables de seguridad y calidad”; “Se debe velar porque se preserven las fuentes de trabajo y se respeten los derechos laborales de todos los trabajadores y trabajadoras. Asimismo, se deben adoptar e impulsar medidas para mitigar el posible impacto sobre las fuentes de trabajo e ingresos de todos los trabajadores y trabajadoras y asegurar el ingreso necesario para la subsistencia en condiciones de dignidad humana. En razón de las medidas de aislamiento social y el impacto que esto genera en las economías personales y familiares, se deben procurar mecanismos para atender la provisión básica de alimentos y medicamentos y otras necesidades elementales a quienes no puedan ejercer sus actividades normales, como también a la población en situación de calle”; y “Es indispensable que se garantice el acceso a la justicia y a los mecanismos de denuncia, así como se proteja particularmente la actividad de las y los periodistas y las defensoras y defensores de derechos humanos, a fin de monitorear todas aquellas medidas que se adopten y que conlleven afectación o restricción de derechos humanos, con el objeto de ir evaluando su conformidad con los instrumentos y estándares interamericanos, así como sus consecuencias en las personas”. El texto completo de la declaración puede consultarse en: http://www.corteidh.or.cr/tablas/alerta/comunicado/declaracion_1_20_ESP.pdf.

jetivamente respaldada por los hechos de los que todas/os somos testigos y que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha asumido en sucesivos pronunciamientos, acompañando el aislamiento dispuesto como medida para conjurar el riesgo sanitario de la población (8).

Las medidas adoptadas por el Poder Ejecutivo Nacional en sus decretos de necesidad y urgencia muestran hasta ahora, en materia de derechos laborales —como veremos más adelante— una especial observación y atención de varias columnas del edificio al que nos referimos: la salud y seguridad (mediante la protección específica —a cargo de los empleadores— de la situación de las/os trabajadoras/es comprendidos en los supuestos de excepción, y el posterior reconocimiento del COVID-19 como enfermedad profesional para quienes están exceptuadas/os del aislamiento), la estabilidad (apuntalada mediante la prohibición de despidos), la jornada (mediante habilitación del teletrabajo), el salario (mediante la prohibición de suspensiones y la garantía de la percepción de aquel pese a la imposibilidad de prestar servicios por causa del aislamiento) y la libertad sindical (dejando el margen para la negociación colectiva que, probablemente, tenga mucho dinamismo de ahora en más para conducir situaciones que no puedan ser abordadas por vía heterónoma).

Pasado el sismo que desafió a la estructura, llegará la hora de reconstruir. Esta idea nos hace pensar en la importancia de reconocer y reafirmar los cimientos, por un lado y, por otro, de discernir equilibradamente los retoques que

(8) La doctrina que la Corte Suprema de Justicia de la Nación fue elaborando en materia de emergencia, como estándar para abordar la declarada frente a las actuales circunstancias, parece encontrar razonable cumplimiento con las medidas adoptadas hasta el presente por los tres poderes del Estado, que fueron pronunciándose concordemente con el aislamiento social preventivo y obligatorio, dispuesto en conjunto con numerosas medidas complementarias. Ello sin perjuicio del examen que, en ciertos supuestos que puedan haberse presentado o presentarse, corresponda a las autoridades judiciales en el marco de reclamos que puedan existir y requieran una decisión específica que contemple la situación que se invoque y demuestre.

van a ser necesarios o convenientes en este edificio.

IV. Algunos institutos laborales abordados por las normas de emergencia

La inevitable diferenciación de sectores que quedó plasmada en el DNU 297/2020 al disponer el “aislamiento social, preventivo y obligatorio” para la población implicó, en el desenvolvimiento cotidiano de la actividad social y económica, una división entre dos universos de personas: las comprendidas en el aislamiento (por efecto del aislamiento dispuesto con carácter general para toda la población en el art. 1º, y/o por efecto de la prohibición de eventos o la suspensión de aperturas de locales, centros comerciales, establecimientos, etc., dispuestas con carácter particular según el art. 5º), por un lado, y las personas que resultaron exceptuadas (con un criterio estricto definido por la autoridad, basándose en la conceptualización de actividades y servicios “esenciales”), por otro lado.

En lo concreto, la medida del “aislamiento” así definido significó con carácter general, esto es, “para todas las personas que habitan en el país o se encuentren en él en forma temporaria”, que ellas debieran “permanecer” en sus residencias habituales o en la residencia en que se encontraran al momento de inicio de la medida dispuesta. Pero más concretamente aún, en relación con lo que aquí es objeto de nuestro interés, se señaló que “(d)eberán abstenerse de concurrir a sus lugares de trabajo y no podrán desplazarse por rutas, vías y espacios públicos”.

Además, se estableció con carácter ya particular, que durante la vigencia del aislamiento no podrán realizarse “eventos culturales, recreativos, deportivos, religiosos, ni de ninguna otra índole que impliquen la concurrencia de personas”; y se suspendió la “apertura de locales, centros comerciales, establecimientos mayoristas y minoristas, y cualquier otro lugar que requiera la presencia de personas”.

Paralelamente, se exceptuaron del cumplimiento del aislamiento y de la prohibición de circular, las personas afectadas a las actividades y servicios declarados “esenciales” en la emergencia, que fueron detallados expresamente, y

se dispuso que sus desplazamientos deberían limitarse al estricto cumplimiento de esas actividades y servicios.

En el DNU 297/2020, las personas afectadas a actividades o servicios esenciales se enumeraron así: 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 el 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, sin autorizarse actividades que —en tal marco— significaran 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 (por art. 3° de la Decisión Administrativa 429/2020 BO 20/03/2020 se aclaró que la referencia a las Industrias de alimentación se entenderá como a las que integran la cadena de valor e insumos de los sectores productivos de alimentación y bebidas, higiene personal y limpieza, equipamiento médico, medicamentos, vacunas y otros insumos sanitarios; ello a partir del día de su publicación en el Boletín Oficial);

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 imposterables 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.

Se facultó tras esa enumeración al Jefe de Gabinete de Ministros, en su carácter de coordinador de la “Unidad de Coordinación General del Plan Integral para la Prevención de Eventos de Salud Pública de Importancia Internacional” y con recomendación de la autoridad sanitaria, a ampliar o reducir las excepciones dispuestas, en función de la dinámica de la situación epidemiológica y de la eficacia que se observe en el cumplimiento de la medida. Y en ejercicio de esa facultad delegada, el Jefe de Gabinete de Ministros dictó sucesivas decisiones administrativas por las que dispuso ampliaciones (9).

(9) Comenzó por la Decisión Administrativa (en adelante DA) n429/2020, del 20 de marzo, por la que resolvió incorporar al listado de actividades y servicios declarados esenciales en la emergencia, exceptuadas del cumplimiento del “aislamiento social, preventivo y obligatorio” y de la prohibición de circular, a las personas afectadas a las actividades y servicios que se detallan a continuación: 1. Industrias que realicen procesos continuos cuya interrupción implique daños estructurales en las líneas de producción y/o maquinarias podrán solicitar autorización a la Secretaría de Industria, Economía

El contenido específico de las decisiones muestra el dinamismo de la actividad del Gobierno, orientada a ir autorizando actividades y servicios que permitan un adecuado cumplimiento de funciones que equilibren los cuidados requeridos por la emergencia con el necesario desenvolvimiento social y económico, todo ello de acuerdo con los criterios de oportunidad, mérito y conveniencia que discrecionalmente se van sosteniendo **(10)**.

del Conocimiento y Gestión Comercial Externa, para no discontinuar su producción, reduciendo al mínimo su actividad y dotación de personal; 2. Producción y distribución de biocombustibles; 3. Operación de centrales nucleares; 4. Hoteles afectados al servicio de emergencia sanitaria (los que también deberán garantizar las prestaciones a las personas que se hallaren alojadas en los mismos a la fecha del dictado del dec. 297/2020); 5. Dotación de personal mínima necesaria para la operación de la Fábrica Valores podrán autorizar la actividad de una dotación mínima de personal y de la de sus regulados, en caso de resultar necesario; 7. Operación de aeropuertos. Operaciones de garages y estacionamientos, con dotaciones mínimas; 8. Sostentamiento de actividades vinculadas a la protección ambiental minera; 9. Curtiembres, con dotación mínima, para la recepción de cuero proveniente de la actividad frigorífica; 10. Los restaurantes, locales de comidas preparadas y locales de comidas rápidas, podrán vender sus productos a través de servicios de reparto domiciliario, con sujeción al protocolo específico establecido por la autoridad sanitaria. Señaló tras ello que en ningún caso las personas afectadas a dichas actividades y servicios podrán brindar servicios con atención al público en forma personal; y —reiterando el criterio del DNU que delegó las funciones en la Jefatura de Gabinete— que los desplazamientos de las personas alcanzadas por el presente artículo deberán limitarse al estricto cumplimiento de las actividades y servicios considerados esenciales. Tal decisión administrativa fue seguida por otras dictadas el 2 de abril (DA 450), el 6 de abril (DA 467) y el 11 de abril (DA 490), en las que se reiteró que los desplazamientos de las personas alcanzadas por las ampliaciones deberán limitarse al estricto cumplimiento de las actividades y servicios exceptuados; y que en todos los casos los empleadores y las empleadoras deberán garantizar las condiciones de higiene y seguridad establecidas por el Ministerio de Salud para preservar la salud de las trabajadoras y de los trabajadores. En la DA 490 se agregó que en todos los casos las personas deberán observar las recomendaciones e instrucciones de la autoridad sanitaria con el fin de evitar el contagio, incorporando protocolos sanitarios, organización por turnos para la prestación de servicios, adecuación de los modos de trabajo y de traslado a tal efecto.

(10) El 2 de abril, por DA 450 el Jefe de Gabinete amplió el listado según el siguiente detalle: 1. Venta de insumos y materiales de la construcción provistos por corralones;

2. Actividades vinculadas con la producción, distribución y comercialización forestal y minera; 3. Curtiembres, aserraderos y fábricas de productos de madera, fábricas de colchones y fábricas de maquinaria vial y agrícola; 4. Actividades vinculadas con el comercio exterior: exportaciones de productos ya elaborados e importaciones esenciales para el funcionamiento de la economía; 5. Exploración, prospección, producción, transformación y comercialización de combustible nuclear; 6. Servicios esenciales de mantenimiento y fumigación; 7. Mutuales y cooperativas de crédito, mediante guardias mínimas de atención, al solo efecto de garantizar el funcionamiento del sistema de créditos y/o de pagos; 8. Inscripción, identificación y documentación de personas. Además, aclaró que las disposiciones del inc. 14 del art. 6º del dec. 297/20 incluyen las actividades de mantenimiento de servidores y que las disposiciones del art. 6º, inc. 7º del de la citada norma, incluyen a las personas afectadas a las actividades destinadas a la provisión de insumos necesarios para la realización de servicios funerarios, entierros y cremaciones. El 6 de abril, por DA 467 se amplió el listado incorporándose a la actividad notarial, cuando la misma se encuentre limitada exclusivamente a posibilitar el cumplimiento de las actividades y servicios de que da cuenta la precitada normativa u otra que pudiera en el futuro ampliar el listado de actividades y servicios esenciales, debiéndose otorgar los actos notariales del caso sólo con la intervención de las personas indispensables para ello, evitando todo tipo de reuniones. Y el mismo día, por DA 468 el Jefe de Gabinete volvió a ampliar el listado incorporando a la obra privada de infraestructura energética. El 11 de abril, por DA 490 se amplió el listado conforme el siguiente detalle: 1. Circulación de las personas con discapacidad y aquellas comprendidas en el colectivo de trastorno del espectro autista, para realizar breves salidas en la cercanía de su residencia, junto con un familiar o conviviente; 2. Prestaciones profesionales a domicilio destinadas a personas con discapacidad y aquellas comprendidas en el colectivo de trastorno del espectro autista; 3. Actividad bancaria con atención al público, exclusivamente con sistema de turnos; 4. Talleres para mantenimiento y reparación de automotores, motocicletas y bicicletas, exclusivamente para transporte público, vehículos de las fuerzas de seguridad y fuerzas armadas, vehículos afectados a las prestaciones de salud o al personal con autorización para circular, conforme la normativa vigente; 5. Venta de repuestos, partes y piezas para automotores, motocicletas y bicicletas únicamente bajo la modalidad de entrega puerta a puerta (aclarando que en ningún caso podrán realizar atención al público); 6. Fabricación de neumáticos; venta y reparación de los mismos exclusivamente para transporte público, vehículos de las fuerzas de seguridad y fuerzas armadas, vehículos afectados a las prestaciones de salud o al personal con autorización para circular, conforme la normativa vigente; 7. Venta de artículos de librería e insumos informáticos, exclusivamente bajo la modalidad de entrega a domicilio (aclarando que en ningún caso se podrá realizar atención al público). Los días 6 y 7 de mayo, por

La inevitable tendencia fue a inclinar la balanza entre los dos universos que señalamos anteriormente: con las decisiones administrativas del Jefe de Gabinete de Ministros fue decreciendo paulatinamente el universo de personas aisladas y creciendo el de personas autorizadas para realizar sus actividades o servicios en forma presencial. Ello trajo aparejado, como de hecho se dio mediante resoluciones relativas a la seguridad y salud de las personas trabajadoras comprendidas en los listados de excepción, el despliegue de normas que atendieran los posibles efectos del COVID-19 como enfermedad profesional (11).

Se señaló además en el DNU 297 —que dispuso el primer listado de excepciones— que, en todos estos casos, los empleadores y empleadoras deberán garantizar las condiciones de higiene y seguridad establecidas por el Ministerio de Salud para preservar la salud de las trabajadoras y de los trabajadores (12).

DA 729 y 745, respectivamente, se exceptuaron actividades o servicios específicos en determinadas regiones del país.

(11) DNU 367/2020, del 13 de abril y, más recientemente, la resolución MTEySS 38/2020, del 28 de abril.

(12) Antes señalamos que mediante el DNU 408/2020, del 26 de abril, además, de establecerse la prórroga de la vigencia del aislamiento dispuesto por DNU 297/2020, se otorgaron facultades a los gobernadores y gobernadoras de provincias para decidir excepciones al cumplimiento del “aislamiento social, preventivo y obligatorio” y a la prohibición de circular, respecto del personal afectado a determinadas actividades y servicios, en departamentos o partidos de sus jurisdicciones, previa aprobación de la autoridad sanitaria local y siempre que se dé cumplimiento, en cada departamento o partido comprendido en la medida, a ciertos requisitos exigidos por determinados parámetros epidemiológicos y sanitarios que fueron enumerados en 5 puntos. Sin embargo, cabe aquí aclarar, se excluyó de esas facultades otorgadas a gobernadores la de incluir como excepción al aislamiento social, las siguientes actividades y servicios: 1. Dictado de clases presenciales en todos los niveles y todas las modalidades. 2. Eventos públicos y privados: sociales, culturales, recreativos, deportivos, religiosos y de cualquier otra índole que implique la concurrencia de personas. 3. Centros comerciales, cines, teatros, centros culturales, bibliotecas, museos, restaurantes, bares, gimnasios, clubes y cualquier espacio público o privado que implique la concurrencia de personas. 4. Transporte público de pasajeros interurbano, interjurisdiccional e internacional. 5. Actividades turísticas; apertura de parques, plazas o similares. Además se estableció que los trabajadores y

Se generó, con todo ello, un impacto claro en el plexo de deberes y derechos de los sujetos involucrados en los contratos individuales de trabajo: por un lado aquellos que, en el marco del aislamiento, quedaron eximidos —como trabajadoras o trabajadores— de la prestación laboral en relación laboral con quienes —en calidad de empleadoras o empleadores— quedaron obligados a continuar pagando sus salarios; y, por otro lado aquellos que, no obstante el aislamiento dispuesto para la mayor parte de la población, continuaban desarrollando sus actividades, pero sujetos a determinadas restricciones. Ambos universos, aunque en muy distinta medida, quedaron impactados por las circunstancias derivadas de la pandemia y su conjuración normativa.

IV.1. Normas sobre despidos, suspensiones y habilitación de la contratación eventual

Mediante el DNU 329, del 31 de marzo pasado, se prohibieron por sesenta días los “despidos sin justa causa y por las causales de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor”, luego prórroga por DNU 487/2020. También se prohibieron por el mismo lapso las “suspensiones por las causales de fuerza mayor o falta o disminución de trabajo”. Se estableció expresamente que los despidos y las suspensiones que se dispongan en violación de lo dispuesto no producirán efecto alguno, manteniéndose vigentes las relaciones laborales existentes y sus condiciones actuales.

Una reflexión que lo dispuesto —al margen de la oportunidad y razonabilidad que a la medida pueda atribuirse— parece merecer, pasa por pensar en que el día “sesenta y uno” existirá un dilema entre prorrogar la prohibición o —asumiéndolo como el “día después”— diseñar una contención paulatina o súbita del riesgo

las trabajadoras mayores de 60 años de edad, embarazadas o personas incluidas en los grupos en riesgo según fueran definidos por el Ministerio de Salud de la Nación (<https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/227068/20200320>), y aquellas cuya presencia en el hogar resulte indispensable para el cuidado del niño, niña o adolescente, están dispensados del deber de asistencia al lugar de trabajo en los términos de la resolución 207 del 16 de marzo de 2020, prorrogada por la resolución del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social 296, del 2 de abril de 2020.

del comportamiento de empleadores afectados por la crisis.

Por otra parte, por resolución MTEySS 279, del 30 de marzo, art. 5º, se dispuso que la necesidad de contratación de personal mientras dure la vigencia del “aislamiento social preventivo y obligatorio”, deberá ser considerada extraordinaria y transitoria en los términos del art. 99 de la Ley de Contrato de Trabajo (t.o. 1976 y sus modificatorias). Tal como está formulada, la norma puede dar lugar a interpretaciones disímiles sobre sus alcances, en la medida en que —por ejemplo— ciertas contrataciones planteen circunstancias específicas que trasciendan los límites temporales del aislamiento o se desentiendan en absoluto de las causas que lo motivaron.

IV.2. Normas sobre jornada y teletrabajo

Según la resolución MTEySS 279, del 30 de marzo de 2020, art. 1º, los trabajadores y trabajadoras alcanzados por el “aislamiento social preventivo y obligatorio” quedan dispensados del deber de asistencia al lugar de trabajo; y 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”.

El art. 2º de la misma resolución establece a su vez que los trabajadores y trabajadoras que presten servicios en las actividades descriptas en el art. 6º del DNU 297/2020 y sus reglamentaciones, serán considerados “personal esencial” en los términos de la resolución del MTEySS 207, de fecha 16 de marzo de 2020, y que la continuidad de tales actividades en estas circunstancias constituye una exigencia excepcional de la economía nacional (cf. art. 203, ley 20.744 de Contrato de Trabajo, t.o. 1976 y sus modificatorias).

Mediante el art. 4º la resolución autorizó 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”, al considerarla “un ejercicio razonable de las facultades del empleador”.

El conjunto de normas, globalmente apreciado, parece atender con razonabilidad las circunstancias urgentes y el abanico de posibilidades fácticas que pueden presentarse. También debe destacarse que plantea un desafío sobre el futuro desarrollo del teletrabajo en sentido multidireccional, que incluye a los sujetos del contrato de trabajo y también la activación de la negociación colectiva en un tema que parece propicio para impulsarla.

A propósito del mencionado art. 4º, parece obvio señalar, en un punto crucial para destacar la importancia de las normas estructurales, que el límite de la jornada está cualitativamente definido en nuestro país y que su proyección cuantitativa, además de las precisiones supraleales y legales incorporadas en nuestro ordenamiento para tiempos de normalidad, se respalda en las condiciones dignas y equitativas de labor previstas como primer enunciado a asegurar en los términos del art. 14 bis de la CN.

Nada obsta, a pesar de esto último, a que las circunstancias emergentes de la pandemia pongan a la luz la necesidad o conveniencia de llevar a las normas la posibilidad de encontrar cauces por vía convencional —individual o colectiva— para la reorganización de la jornada laboral en una cantidad importante de actividades y sectores.

IV.3. Normas sobre salario

El DNU 297/2020 dispuso en su art. 8º que durante la vigencia del “aislamiento social, preventivo y obligatorio”, los trabajadores y trabajadoras del sector privado tendrán derecho al goce íntegro de sus ingresos habituales, en los términos que establecerá la reglamentación del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social (en adelante, MTEySS).

Y por resolución MTEySS 279 del 30 de marzo de 2020, se estableció, por un lado (art. 1º), que los trabajadores y trabajadoras alcanzados por el “aislamiento social preventivo y obligatorio” quedarán dispensados del deber de asistencia al lugar de trabajo, y por otro lado (art. 6º), que la abstención de concurrir al lugar de trabajo —que implica la prohibición de hacerlo salvo en los casos de excepción previstos— no constituye un día de descanso, vacacional o festivo,

sino una decisión de salud pública en la emergencia, de tal modo que no podrán aplicarse sobre las remuneraciones o ingresos correspondientes a los días comprendidos en esta prohibición suplementos o adicionales previstos legal o convencionalmente para “asuetos”, excepto en aquellos casos en que dicha prohibición coincida con un día festivo o feriado previsto legal o contractualmente.

Por otra parte, mediante DNU 332/2020 el PEN dispuso —en cuanto aquí interesa— como “Salario Complementario”, una asignación abonada por el Estado Nacional para los trabajadores y las trabajadoras en relación de dependencia del sector privado (art. 2º, inc. b). Se trata de una suma abonada por la ANSeS a ciertas personas (13), equivalente al 50% del su salario neto correspondiente al mes de febrero de 2020 (14), a cuenta del pago de las remuneraciones o de la asignación en dinero

(13) Aquellas/os cuyos empleadores cumplan con los requisitos establecidos en el art. 3º y de conformidad con lo dispuesto en el art. 4º, ambos del DNU 332 (concretamente, en el art. 3º se estableció que el beneficio en cuestión se sujeta al cumplimiento de uno o varios de los siguientes criterios: a. Actividades económicas afectadas en forma crítica en las zonas geográficas donde se desarrollan; b. Cantidad relevante de trabajadores y trabajadoras contagiadas por el COVID 19 o en aislamiento obligatorio o con dispensa laboral por estar en grupo de riesgo u obligaciones de cuidado familiar relacionadas al COVID 19; y c. Sustancial reducción en su facturación con posterioridad al 12 de marzo de 2020. Este último inciso fue sustituido a partir del 20 de abril —mediante el DNU 376/2020— por el siguiente texto: “c. Sustancial reducción en su facturación con posterioridad al 12 de marzo de 2020”. Y en el art. 4º se excluyó de los beneficios a aquellos sujetos que realizan actividades y servicios declarados esenciales en la emergencia sanitaria y cuyo personal haya sido exceptuado del cumplimiento del “aislamiento social preventivo y obligatorio”, dejando a salvo especiales circunstancias que hubieran provocado alto impacto negativo en el desarrollo de su actividad o servicio, en cuyo caso “los referidos sujetos podrán presentar la solicitud para ser alcanzados por los beneficios previstos en el presente decreto”, a las resultas lo que resuelta el Jefe de Gabinete de Ministros, previo dictamen del Comité de Evaluación y monitoreo del programa de asistencia de emergencia al trabajo y la producción).

(14) No pudiendo ser inferior a una suma equivalente a un salario mínimo, vital y móvil ni superar dos salarios mínimos, vitales y móviles, o al total del salario neto correspondiente a ese mes.

prevista en el art. 223 bis de la Ley de Contrato de Trabajo (15).

El MTEySS dictó, al respecto, la res. 408 del 6 de mayo, por la cual dispuso contempló supuestos de posible imputación y compensación con los salarios de mayo de 2020, de sumas abonadas por los empleadores durante en abril que, sumadas al pago del beneficio del Salario Complementario correspondiente a dicho mes, superen el monto que le hubiere correspondido percibir a cada trabajador o trabajadora.

En relación con todo ello cabe señalar que en la protección del salario se focaliza la atención de la principal contraprestación que recibe la persona trabajadora. Tratándose la actual de una transitoria situación de emergencia, no podía desatenderse y en este sentido las medidas adoptadas tienen una justicia intrínseca, lo que no obsta a la mirada que cabe desde la perspectiva del empleador y que debe ser atendida, en cuanto a la parte debe asumir como perjuicio. Entendemos, por ello, que es justo que este sea auxiliado para hacer frente a una situación que lo afecta —también como víctima de la crisis— en su rol multifacético de dador de empleo, por un lado y, por otro, de emprendedor en miras a un beneficio económico que le permita no sólo su subsistencia sino, además, su desarrollo y crecimiento.

IV.4. Normas sobre salud y seguridad en el trabajo

En primer lugar, cabe señalar que el aislamiento social preventivo constituye, en sí, una norma de protección de la salud para toda la población y, dentro de ella, para las personas trabajadoras.

(15) Cabe recordar que esta última norma contempla como “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”.

En segundo lugar, para todos los casos exceptuados del cumplimiento del “aislamiento social, preventivo y obligatorio” y de la prohibición de circular, que involucran a personas afectadas a las actividades y servicios declarados esenciales en la emergencia, se dispuso que “los empleadores y empleadoras deberán garantizar las condiciones de higiene y seguridad establecidas por el Ministerio de Salud para preservar la salud de las trabajadoras y de los trabajadores” (art. 6º, inc. 24, DNU 297/2020).

En tercer lugar, cabe referirse al DNU 367/2020, del 13 de abril, mediante el cual —en su art. 1º— se consideró presuntivamente a la enfermedad COVID-19 producida por el coronavirus (SARS-CoV-2), como una enfermedad de carácter profesional —no listada— en los términos del apart. 2º, inc. b) del art. 6º 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 DNU 297/2020 y sus normas complementarias, y mientras se encuentre vigente la medida de aislamiento dispuesta por esas normativas, o sus eventuales prórrogas. Se exceptuó el supuesto previsto en el art. 4º del mismo decreto.

Por el art. 2º, DNU 367, mencionado se estableció que las ART no podrán rechazar la cobertura de las contingencias previstas anteriormente y deberán adoptar los recaudos necesarios para que, al tomar conocimiento de la denuncia del infortunio laboral acompañada del correspondiente diagnóstico confirmado emitido por entidad debidamente autorizada, la trabajadora o el trabajador damnificado reciba, en forma inmediata, las prestaciones previstas en la ley 24.557 y sus normas modificatorias y complementarias.

Mediante el art. 3º del mismo DNU se dispuso que la determinación definitiva del carácter profesional de la mencionada patología quedará, en cada caso, a cargo de la Comisión Médica Central, la que entenderá originariamente a efectos de confirmar la presunción atribuida 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, la 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 (16).

V. Emergencia y empleadores

La crisis derivada de la emergencia afecta, como es obvio, el rol del empleador en el contrato de trabajo desde múltiples puntos de vista.

Los datos que se dan a conocer diariamente sobre la afectación que la pandemia y el aislamiento producen a quienes se encuentran obligados a cumplir las obligaciones que la ley pone a cargo de los empleadores, son preocupantes en cuanto al presente y futuro de la actividad sostenible en este contexto de emergencia.

Es sabido que el Gobierno Nacional ha desplegado también una serie de medidas para contener la situación de quienes pueden verse mayormente perjudicados para afrontar sus obligaciones como empleadores (monotributistas, pequeñas y medianas empresas, etc.) (17).

Sin embargo, la incertidumbre sobre la continuidad de la situación de emergencia y las dificultades económicas y financieras por las que atraviesa nuestro país llevan, necesariamente, a reflexionar sobre la asistencia que deberá desplegarse para permitir que, a medida que pueda ir reestableciéndose la actividad en los sectores de la producción y los servicios aún paralizados o en funcionamiento parcial, el “edificio” del

(16) Agregó que 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 tuvieran 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. 1º del presente. El DNU se completa con la resolución MTEySS 38/2020 dictada el 28 de abril, que estableció interesantes normas de procedimiento para hacer valer los derechos de las/os damnificadas/os.

(17) Ello se dio especialmente mediante los DNU 332 (del 1º de abril) y 376 (del 19 de abril) y las normas que los complementan.

derecho del trabajo pueda albergar a quienes constituyen ambos sujetos del contrato laboral.

Será imprescindible entonces diseñar condiciones que hagan posible que las organizaciones instrumentales de medios personales, materiales e inmateriales a las que se refiere la LCT en su art. 5º, subsistan como tales durante y con posterioridad a la situación de emergencia en orden a los fines que procuran.

De lo contrario, el derecho del trabajo verá reducido sustancialmente su ámbito personal de aplicación en el futuro, pues probablemente quede afectado por la pérdida de su fuente de trabajo un significativo número de personas.

VI. Emergencia e informalidad laboral

Otra reflexión merece la situación de las personas trabajadoras que sufren en la actualidad una doble afectación: el aislamiento obligatorio y la situación de informalidad laboral en la que se encontraban al momento de disponerse dicho aislamiento.

Es claro que el incumplimiento por parte de quienes revisten la calidad de empleadores de no haber registrado a sus trabajadores, en modo alguno puede beneficiarlos respecto de sus obligaciones de abonar los salarios y cumplir con el resto de los deberes que la ley pone a cargo de la parte dadora de trabajo. Como contrapartida, ello da derecho a las/os trabajadoras/es no registrados a reclamar el cumplimiento puntual y, paralelamente, el debido registro de sus contratos, como en tiempos de normalidad.

En tal sentido, no debe dejar de señalarse que la situación de emergencia afecta especialmente a los trabajadores no registrados en la medida en que su fuente de ingresos, al encontrarse fuera del marco de la legalidad, se exhibe más endeble en los hechos.

Sin embargo, cabe subrayar la situación de protección que les alcanza por el vigor mismo de las normas constitucionales y legales para reclamar el efectivo cumplimiento de todos sus derechos, bajo apercibimiento de iniciar las acciones judiciales que correspondan. En las presentes circunstancias, dichas acciones incluyen la reincorporación y el devengamiento de los

salarios presentes y futuros por operatividad de la prohibición de despidos dispuesta por el DNU 329/2020, la cual, como es obvio, no se circunscribe a las relaciones registradas.

VII. Ideas finales

- La situación actual por efecto de la pandemia parece dejar a la vista un nuevo escenario donde es posible observar el impacto que ciertas medidas probablemente produzcan hacia futuro en el derecho del trabajo.

Nos concientiza sobre la necesidad de adaptación a nuevas circunstancias emergentes (hoy denominadas COVID-19; mañana podría cambiar su denominación); pero ello no debe nublar la vista de un modo tal que nos impida distinguir e identificar los derechos estructurales; en materia laboral, se trata de derechos humanos indisolublemente unidos a la protección de la persona trabajadora, que tiene su punto de partida en el aseguramiento de condiciones dignas y equitativas de labor y se completa con mandatos relativos a la duración limitada del trabajo, su salario, su permanencia en el empleo y su libertad sindical.

- Es, entonces, un buen momento para reparar lo que es en la Argentina derecho “estructural” del trabajo y lo que es el “diseño” posterior puesto sobre la estructura constitucional por nuestro legislador. Este último puede adaptarse a los cambios emergentes, con la amplitud que puedan justificar, pero siempre que no ponga en riesgos las sólidas estructuras elegidas como parte de nuestro “contrato social” histórico y presente.

- En nuestro país el constituyente ha puesto a mediados del siglo pasado como cimiento del edificio que nos ocupa la “protección” del trabajo en sus diversas formas, ampliamente interpretadas por la doctrina y jurisprudencia, con el imperativo de que sean “asegurados” un conjunto de derechos a la persona trabajadora. Y lo complementó en 1994 con la incorporación de significativas normas jerarquizadas constitucionalmente. El bloque de constitucionalidad más las normas supralegales conforman un plexo normativo apto para afrontar tiempos difíciles con la adaptabilidad que estos requieren.

- La emergencia que vivimos actúa como un “sismo”, que es de intensidad indeterminada aún. El resguardo de los derechos individuales y sociales nos mostrará en qué medida nuestra constitución está preparada para enfrentar el sismo que estamos atravesando, y cuáles son en nuestra estructura jurídica las partes que reconocemos más o menos fuertes. En relación con ello, las medidas adoptadas por el Poder Ejecutivo Nacional en sus decretos de necesidad y urgencia muestran, hasta ahora, en materia de derechos laborales una especial observación y atención de varias columnas del edificio: la salud y seguridad, la estabilidad, la jornada, el salario y la libertad sindical.

- Llegada la hora de reconstruir, será importante no solo reconocer y reafirmar los cimientos, sino también —a la par— discernir equilibradamente los retoques que van a ser necesarios o convenientes en este edificio, construido en el ámbito privado para albergar a ambas partes del contrato individual de trabajo y a las partes colectivas que estarán llamadas a negociar con prudencia y equilibrio.

- Será necesario desplegar asistencia de parte del Estado para impedir que, a medida que pueda ir reestableciéndose la actividad en los sectores de la producción y los servicios suspendidos o en funcionamiento parcial, el derecho del trabajo no se transforme en un hábitat para pocas/os. El derecho privado del trabajo requiere necesariamente que se dispense al empleador un trato que haga viables sus emprendimientos, con condiciones que puedan ser razonablemente cumplidas en el marco de una crisis que lo golpea también y que probablemente se extienda durante varios años en nuestro país.

- La situación de emergencia actual afecta especialmente a los trabajadores no registrados, en la medida —entre otros aspectos que comprometen su dignidad— en que su fuente de ingresos, al encontrarse fuera del marco de la legalidad, se exhibe más endeble en los hechos. Cabe subrayar la situación de protección que les alcanza por el vigor mismo de las normas constitucionales y legales para reclamar el efectivo cumplimiento de todos sus derechos, bajo apercibimiento de iniciar las acciones judiciales que correspondan, que incluyen la prohibición de despidos y suspensiones durante su vigencia.

La estructura de la normativa laboral elaborada para la emergencia por el coronavirus

Ricardo A. Foglia (*)

Sumario: I. Objeto de análisis.— II. La viga maestra.— III. Fundamentos y requisitos de la emergencia.— IV. Actividades esenciales y no esenciales.— V. Naturaleza jurídica de la abstención de trabajar. Adicionales.— VI. Mutación del lugar de trabajo.— VII. Reorganización de la jornada.— VIII. Obligación de trabajar en tiempo suplementario.— IX. El contrato de trabajo eventual como mecanismo para crear empleo.— X. Salarios en contraprestación.— XI. Extensión a figuras no laborales.— XII. Prohibición de despidos sin justa causa y de despidos y suspensiones por falta o disminución de trabajo no imputable al empleador.— XIII. La centralidad de los acuerdos por suspensiones.— XIV. La presunción de la enfermedad COVID-19 en los trabajadores que prestan tareas en actividades esenciales.— XV. Comentario final.

I. Objeto de análisis

El objeto de este trabajo es analizar las líneas rectoras de las normas con incidencia en el ámbito laboral dictadas a raíz de la emergencia producida por el coronavirus.

La llegada a nuestro país de dicha enfermedad produjo cuatro efectos relevantes: (i) uno factivo que es el de un virus de rápida expansión y para el cual no hay vacuna; (ii) otro sanitario destinado a prevenir la propagación y curar a los enfermos; (iii) el impacto económico; y (iv) otro jurídico, es decir el andamiaje legal de soporte para imponer cargas, redistribuir recursos y regular las conductas de las personas en la emergencia.

Nos referiremos únicamente a los aspectos jurídico-laborales.

II. La viga maestra

II.1. La Constitución Nacional

El art. 14 de la CN establece que “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio... de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino...”

Por su parte su art. 76 reconoce y admite la delegación legislativa en materia de emergencia pública “... con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca...”

La normativa de emergencia que analizamos suspendió temporariamente el citado derecho constitucional a raíz de la situación de emergencia sanitaria provocada por el COVID-19.

(*) Abogado egresado de la UCA y magíster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Universidad Rey Juan Carlos, Madrid.

II.2. La ley 27.541

La ley 27.541 **(1)**, de solidaridad social y reactivación productiva, en su art. 1° declaró la emergencia sanitaria hasta el 31 de diciembre del año 2020 **(2)**.

II.3. El DNU 260/2020

A raíz de la situación generada por los primeros casos de contagio en la Argentina, el 12 de marzo de 2020 se dicta el decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) 260/2020 **(3)** que extendió la emergencia pública en materia sanitaria por el plazo de un año contado desde la fecha de publicación del decreto (arts. 1° y 25), y como medida de prevención, dispuso el aislamiento obligatorio durante el plazo de 14 días de las personas integrantes de los considerados grupos de riesgo [art. 7° **(4)**]. Confor-

(1) BO 23/12/2019.

(2) Dice el art. 1° “Declarase la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social, y deléngase en el Poder Ejecutivo nacional, las facultades comprendidas en la presente ley en los términos del art. 76 de la CN, con arreglo a las bases de delegación establecidas en el art. 2°, hasta el 31 de diciembre de 2020”.

(3) BO 13/02/2020.

(4) Dice el citado artículo “AISLAMIENTO OBLIGATORIO. ACCIONES PREVENTIVAS: 1. Deberán permanecer aisladas durante 14 días, plazo que podrá ser modificado por la autoridad de aplicación según la evolución epidemiológica, las siguientes personas: a) Quienes revistan la condición de ‘casos sospechosos’. A los fines del presente Decreto, se considera ‘caso sospechoso’ a la persona que presenta fiebre y uno o más síntomas respiratorios (tos, dolor de garganta o dificultad respiratoria) y que, además, en los últimos días, tenga historial de viaje a ‘zonas afectadas’ o haya estado en contacto con casos confirmados o probables de COVID-19. La definición podrá ser actualizada por la autoridad sanitaria, en función de la evolución epidemiológica. b) Quienes posean confirmación médica de haber contraído el COVID-19. c) Los ‘contactos estrechos’ de las personas comprendidas en los apartados a) y b) precedentes en los términos en que lo establece la autoridad de aplicación. d) Quienes arriben al país habiendo transitado por ‘zonas afectadas’. Estas personas deberán también brindar información sobre su itinerario, declarar su domicilio en el país y someterse a un examen médico lo menos invasivo posible para determinar el potencial riesgo de contagio y las acciones preventivas a adoptar que deberán ser cumplidas, sin ex-

me el sistema de este DNU el aislamiento era la excepción.

II.4. El DNU 297/2020

Ante el avance del mal ocho días después se dictó el DNU 297/2020 **(5)**, que cambia de criterio e impone el aislamiento salvo casos de excepción. La norma estableció el “aislamiento social, preventivo y obligatorio” de todos los habitantes del país o que se encuentren en él en forma temporaria (art. 1°) hasta el 31 de marzo 2020, salvo excepciones previstas en el art. 6° que luego se fueron ampliando **(6)**. plazo que posteriormente fuera extendido mediante los decs. 325/2020, 355/2020, 408/2020, 459/2020 y sucesivas prórrogas. Excepto esos casos, las personas deben permanecer en su lugar de aislamiento por un extenso e incierto plazo, con una movilidad limitada a los “... desplazamientos mínimos e indispensables para aprovisionarse de artículos de limpieza, medicamentos y alimentos” (art. 2° segundo

cepción. No podrán ingresar ni permanecer en el territorio nacional los extranjeros no residentes en el país que no den cumplimiento a la normativa sobre aislamiento obligatorio y a las medidas sanitarias vigentes, salvo excepciones dispuestas por la autoridad sanitaria o migratoria. e) Quienes hayan arribado al país en los últimos 14 días, habiendo transitado por ‘zonas afectadas’. No podrán permanecer en el territorio nacional los extranjeros no residentes en el país que no den cumplimiento a la normativa sobre aislamiento obligatorio y a las medidas sanitarias vigentes, salvo excepciones dispuestas por la autoridad sanitaria o migratoria. En caso de verificarse el incumplimiento del aislamiento indicado y demás obligaciones establecidas en el presente artículo, los funcionarios o funcionarias, personal de salud, personal a cargo de establecimientos educativos y autoridades en general que tomen conocimiento de tal circunstancia, deberán radicar denuncia penal para investigar la posible comisión de los delitos previstos en los arts. 205, 239 y ccds. del Cód. Penal. BO 34.327 - Primera Sección (Suplemento) 4, jueves 12 de marzo de 2020. Con el fin de controlar la transmisión del COVID-19, la autoridad sanitaria competente, además de realizar las acciones preventivas generales, realizará el seguimiento de la evolución de las personas enfermas y el de las personas que estén o hayan estado en contacto con las mismas”.

(5) BO 20/03/2020.

(6) Res. MTEySSN 233/2020 y las Decisiones Administrativa del Jefe de Gabinete de Ministros 429/2020, 450/2020, 467/2020, 468/2020 y 524/2020.

párrafo del DNU 297/20290). Además, se estableció el cierre de fronteras (7).

II.5. Las vigas maestras

Estas son las vigas maestras normativas sobre las que se apoyan todas las normas de diversa jerarquía, contenido y destinatarios para regular el impacto de la situación de hecho sobre las relaciones laborales. No es relevante analizar su perfección técnica, ya que son comprensibles los defectos, idas y vueltas frente a un tema invisible, inédito y sorprendente.

Analizaremos, con una mirada prospectiva y perspectiva, los impactos en el derecho del trabajo, la cancelación de principios que pensábamos inmutables y el nacimiento de otros sorprendentes.

Sí ha quedado en evidencia la pobreza de nuestras instituciones laborales frente a las situaciones de crisis ya que solo habilita frente a ellas las suspensiones y los despidos.

III. Fundamentos y requisitos de la emergencia

Los fundamentos facticos y jurídicos de la medida de aislamiento están claramente expresados en el DNU 297/2020.

III.1. Los fundamentos facticos

En cuanto a los primeros se alude a “... la velocidad en el agravamiento de la situación epidemiológica a escala internacional...” (consid. 4º); a que “... nos encontramos ante una potencial crisis sanitaria y social sin precedentes...” (consid. 6º); y a que “... toda vez que no se cuenta con un tratamiento antiviral efectivo, ni con vacunas que prevengan el virus, las medidas de aislamiento y distanciamiento social obligatorio revisten un rol de vital importancia para hacer frente a la situación epidemiológica y mitiga el impacto sanitario del COVID-19” (consid. 7º).

Es la descripción general la de un caso de fuerza mayor, que como es un criterio

(7) DNU 329/2020 y 313/2020; res. 567/20 del Ministerio de Salud; dec. 274/2020.

“plástico” debe ser confrontado con cada situación (8).

III.2. Los fundamentos jurídicos

Su fundamento jurídico remite al art. 12, inc. 1º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y al art. 22.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que admiten que el derecho a circular libremente puede ser restringido para preservar, entre otros derechos, la salud pública.

III.3. Requisitos de procedencia de la emergencia

Los requisitos de procedencia de la emergencia como fuente de restricción de derechos constitucionales, conforme señalamos en su oportunidad, son (9): “La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha ido determinado, a través de sus fallos, los requisitos que debe reunir una situación de emergencia para que la misma sea válida y por ende justifique restricciones a los derechos individuales. Los recaudos básicos son los siguientes: 1) *Oportunidad*. Esto es que exista una situación de emergencia. Aquí es donde la jurisprudencia de la Corte ha sido cada vez más laxa ya que paulatinamente ha ido receptando mayores avances sobre los derechos individuales. Y no solo me refiero a mayor cercenamiento de derechos sino también a un universo cada vez más amplio desde el punto de vista de los sujetos involucrados. Para acreditar ello basta señalar que la primera emergencia del año 1920 afectó solo a locadores y locarios y la última del año 2002 (ley 25.561) involucró a todos los acreedores y deudores bancarios en moneda extranjera (arts. 1º a 7º), a todos los contratos entre particulares en moneda extranjera —entre ellos locadores y locarios— (art. 11), también a los contratos con la administración pública (arts. 8º a 10) y a los empleadores (art. 16); 2) *Finalidad*. La declaración de emergencia debe atender al bienestar general; 3) *Legalidad*. Debe ser declarada por Ley del

(8) Sobre este tema puede verse mi trabajo “Sobre la fuerza mayor o de falta o disminución de trabajo no imputable al empleador”, abogados.com, 01/04/2020.

(9) FOGLIA, Ricardo A., “Fuentes del Derecho del Trabajo”, La emergencia económica, Ed. Astrea, 2013, t. I.

Congreso, sin perjuicio de las delegaciones que válidamente pueden depositarse en el Poder Ejecutivo; 4) *Temporalidad*. La restricción de los derechos debe ser temporal ya que, al menos teóricamente, siendo la situación de emergencia transitoria, ya que es un hecho extraordinario, las restricciones deben seguir la suerte de aquella. 5) *Proporcionalidad*. Los medios utilizados deben ser razonablemente proporcionales a las características de la emergencia; 6) *No discriminación*. Las restricciones no pueden estar dirigidas a un grupo de personas o a una persona individual o a un sector, ya que de otra manera se estaría violando la regla del art. 16 de la CN que expresa, en su segunda parte que “Todos los habitantes son iguales ante la ley...”.

En el caso que nos ocupa se cumplen todos los requisitos.

IV. Actividades esenciales y no esenciales

El DNU 297/2020 establece una distinción entre las actividades y servicios esenciales de aquellos que no lo son.

IV.1. Actividades esenciales

Los trabajadores de las primeras, que la norma cataloga como “actividades y servicios declarados esenciales”, salvo excepciones, quedan exceptuados del “aislamiento, preventivo y obligatorio” y de la prohibición de circular de forma tal que deben cumplir con sus tareas y actividades normalmente, debiendo el empleador garantizar condiciones de higiene y seguridad para su desempeño (art. 6º, DNU 297/2020).

Las actividades en cuestión están enumeradas por esa norma y fueron ampliadas (10).

La enumeración es taxativa.

También las normas contemplan excepciones, esto es personas afectadas a servicios esenciales con abstención de concurrir al trabajo. El DNU 260/2020 en el art. 7º exceptúa a “a) Quienes revistan la condición de ‘casos sospechosos’. A los fines del presente Decreto, se considera ‘caso sospechoso’ a la persona que presenta fiebre y uno o más síntomas respiratorios (tos, do-

lor de garganta o dificultad respiratoria) y que, además, en los últimos días, tenga historial de viaje a ‘zonas afectadas’ o haya estado en contacto con casos confirmados o probables de COVID-19. La definición podrá ser actualizada por la autoridad sanitaria, en función de la evolución epidemiológica. b) Quienes posean confirmación médica de haber contraído el COVID-19. c) Los ‘contactos estrechos’ de las personas comprendidas en los apartados a) y b) precedentes en los términos en que lo establece la autoridad de aplicación. d) Quienes arriben al país habiendo transitado por ‘zonas afectadas’”.

La res. 207 del MTEySSN amplió el listado incluyendo a los trabajadores mayores de sesenta [60] años de edad (excepto que sean considerados “personal esencial para el adecuado funcionamiento del establecimiento”), las trabajadoras embarazadas, los trabajadores incluidos en los grupos de riesgo que define la autoridad sanitaria nacional (11) y al progenitor, progenitora, o persona adulta responsable a cargo, cuya presencia en el hogar resulte indispensable para el cuidado del niño, niña o adolescente.

IV.2. Actividades no esenciales

Respecto de las actividades no esenciales rige la prohibición de concurrir al lugar de trabajo, sin perjuicio de la obligación de trabajar en algunos casos, situación esa a la que nos referiremos más adelante.

IV.3. Las actividades esenciales en la ley 25.877

Hasta la entrada en vigencia del DNU 297/2020, las actividades esenciales en el ámbito laboral eran las declaradas por el art. 24 de la ley 25.877 (12) que establece para el supuesto de huelga las “actividades que pueden

(11) Dichas enfermedades son: enfermedades respiratorias crónicas: enfermedad pulmonar obstructiva crónica [EPOC], enfisema congénito, displasia broncopulmonar, bronquiectasias, fibrosis quística y asma moderado o severo., Enfermedades cardíacas: Insuficiencia cardíaca, enfermedad coronaria, valvulopatías y cardiopatías congénitas. Inmunodeficiencias. Diabetes, insuficiencia renal crónica (en diálisis o con expectativas de ingresar a diálisis en los siguientes 6 meses).

(10) Ver nota 5.

(12) BO 19/03/2004.

ser consideradas servicios esenciales” debiéndose evitar, en esos casos, la interrupción del servicio para lo cual debe asegurarse guardias mínimas. Dichas actividades que están enumeradas en el segundo párrafo del artículo citado dice: “Se consideran esenciales los servicios sanitarios y hospitalarios, la producción y distribución de agua potable, energía eléctrica y gas y el control del tráfico aéreo”. Sin perjuicio de ello la norma habilita a que la autoridad de aplicación excepcionalmente califique como esencial a una actividad no incluida en la enumeración, previo dictamen de la Comisión de Garantías.

Como se advierte, ambas normas califican de forma similar a esas actividades (servicios y actividades esenciales) aunque la normativa de emergencia sanitaria contiene una enumeración más amplia de las actividades de esas características que las enumeradas por la el art. 24 de la ley 25.877. Y tienen un punto en común que está casualmente expresado en el inc. a) del art. 24 de la ley 25.877: “Cuando por la duración y extensión territorial de la interrupción de la actividad, la ejecución de la medida pudiere poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población”. Y esto es lo que sucede con las actividades detalladas por DNU 297/2020 y las normas complementarias.

IV.4. La insuficiencia

De esta manera queremos señalar que la normativa laboral (art. 24 ley 25.877) es insuficiente y en caso de huelga de servicios esenciales no protege a la población afectada por la medida ya que la enumeración laboral es escasa conforme ha quedado en evidencia en esta situación. Se podrá decir que la norma argentina coincide en algún punto con lo que ha expresado la OIT, ya que el Comité de Libertad sindical ha calificado como servicios esenciales” *per se* al sector hospitalario, los servicios de electricidad, los servicios de abastecimiento de agua, los servicios telefónicos y de tráfico aéreo, pero una crisis concreta pone en seria duda la razonabilidad de esos criterios restrictivos.

V. Naturaleza jurídica de la abstención de trabajar. Adicionales

Respecto de aquellos trabajadores que no prestan tareas durante el aislamiento, sea porque su actividad no es esencial o porque no pueden cumplirlas en su lugar de aislamiento, el art. 6° de la res. MTEySSN 279/2020 expresa que “La abstención de concurrir al lugar de trabajo, que implica la prohibición de hacerlo salvo en los casos de excepción previstos no constituye un día de descanso, vacacional o festivo, sino de una decisión de salud pública en la emergencia, de tal modo que no podrán aplicarse sobre las remuneraciones o ingresos correspondientes a los días comprendidos en esta prohibición suplementos o adicionales previstos legal o convencionalmente para ‘asuetos’, excepto aquellos casos en que dicha prohibición coincida con un día festivo o feriado previsto legal o contractualmente”.

Esta licencia es de emergencia sanitaria, especial y transitoria, de forma tal que no le resultan aplicables las normas de la LCT, ya que su finalidad y naturaleza es exclusivamente de salud pública preventiva y temporal; y su causa-fuente es que el trabajador tiene prohibido (13), en estos casos, concurrir a trabajar, sin estar impedido física o psíquicamente de prestar tareas. No es una licencia que tenga su causa en el contrato de trabajo ni por la condición de trabajador, sino que es general y para todos los habitantes del país sea o no trabajador dependiente.

VI. Mutación del lugar de trabajo

VI.1. Situaciones

Respecto de los trabajadores que deben cumplir con el aislamiento se presentan dos situaciones según puedan o no cumplir sus tareas habituales u otras análogas en el lugar donde realizan el mismo.

(13) La res. MTEySSN 279/2020 en su art. 6° expresa que se trata de una prohibición del trabajador de concurrir al trabajo. La norma comienza diciendo “La abstención de concurrir al lugar de trabajo —que implica la prohibición de hacerlo salvo en los casos de excepción previstos...”

VI.2. Trabajadores que pueden realizar tareas en su lugar de aislamiento

Las res. del MTEySSN 202/2020 (14), 207/2020 (15) y 279/2020 (16) establecen que cuando el trabajador pueda realizar en su lugar de aislamiento, las mismas tareas que cumplía en su lugar de trabajo u otras similares, debe acordar con el empleador las condiciones en que dicha labor será realizada conforme el principio de buena fe contractual (art. 63 LCT).

Las normas establecen tres principios: que (i) el trabajador debe cumplir sus tareas u otras análogas en su lugar de aislamiento; (ii) que debe acordar las condiciones de labor con el empleador; (iii) y que debe hacer esto último de buena fe. Y este principio ilumina dos cuestiones: qué se entiende por tareas análogas y cuáles son las condiciones de labor.

El Diccionario de la Lengua Española (17) remite a la palabra *analogía* a la que define como “relación de semejanza entre distintas cosas”; y a *semejante*, “que se parece a una persona o cosa” (18). De esta manera, y siguiendo el principio de interpretación de la ley establecido por el art. 2º (19) del Cód. Civ. y Com. de la Nación si el empleado desde su lugar de aislamiento puede cumplir las mismas tareas u otras parecidas que esté en aptitud y capacidad para realizar en su lugar de aislamiento, debe hacerlo. El que decide las tareas a cumplir es el empleador. Y dado que el nuevo lugar de trabajo pasa ser el lugar del aislamiento, que puede ser su domicilio, donde pueden convivir otras personas, como hi-

(14) BO 14/03/2020.

(15) BO 17/03/2020.

(16) BO 01/04/2020.

(17) REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, “Diccionario de la Lengua Española”, 1992, t. 1.

(18) Ob. cit. nota 11, p. 1859.

(19) Dice el art. 2º “Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”.

jos o padres, o puede no haber disponibilidad de espacio o de medios informáticos, entre otros, es determinar qué norma debe acordar las condiciones de labor teniendo en cuenta esas circunstancias.

La negativa injustificada del trabajador a prestar tareas iguales o similares o a exigir condiciones irrazonables, constituiría un incumplimiento al contrato de trabajo, así como también la imposición del empleador a que su dependiente realice tareas diferentes o para las que no está capacitado o con condiciones irrazonables o imposibles, que justificaría la negativa del trabajador a realizar las mismas sin pérdida de salario.

Adviértase que la res. 21/2020 (20) de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo (SRT) establece que el domicilio denunciado como lugar de aislamiento en esos casos “... será considerado como ámbito laboral a todos los efectos de la ley 24.557 sobre Riesgos del Trabajo”.

La noma modifica el lugar de trabajo de la sede de la empresa al domicilio del trabajador, cambio que debe ser aceptado por este si las tareas son compatibles y las condiciones no son impeditivas.

Y en este sentido cabe recordar que se está mutando uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo, como es el lugar de trabajo (art. 66, LCT) (21); y si bien en ciertos casos puede ser beneficiosa para el trabajador, puede no serlo en otros supuestos a pesar de lo cual debe trabajar acordando de buena fe las condiciones.

Si el desempeño de esas tareas le insume gastos al trabajador, el empleador debe afrontarlos (art. 76 LCT).

VI.3. Trabajadores que no pueden realizar tareas en su lugar de aislamiento

En este caso el empleador debe abonarle su remuneración habitual. Volveremos sobre esta cuestión más adelante (acápite X).

(20) BO 17/03/2020.

(21) Para un comentario de esta norma ver a LIVELLARA, Carlos, en RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge (dir.), Ley de Contrato de trabajo. Comentada, anotada y concordada, Ed. La Ley, 2007, t. II, p. 746.

VII. Reorganización de la jornada

La res. del MTEySSN 279/2020 (22) en su art. 4º establece que “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”.

La norma habilita al empleador en las actividades esenciales a que modifique unilateralmente la jornada de trabajo, considerando que esa facultad importa en ejercicio legítimo del *ius variandi*.

El único recaudo que impone es que el cambio de jornada debe ser para garantizar la continuidad de la producción en esas tareas esenciales.

La norma otorga una suerte de facultad “en blanco” al empleador, sin perjuicio de lo cual consideramos que las modificaciones a la jornada que imponga el empleador deben ser razonables y no al revés. La norma luce desmesurada en cuanto parte de la base de que cualquier cambio sería “razonable”. Las modificaciones serán válidas en la medida en que sean razonables en función de la continuidad de la producción de las actividades esenciales y la preservación de los intereses materiales, familiares y morales del trabajador. De otra forma, sería otorgar una autorización para arbitrariedades.

Pero lo cierto es que y más allá de esas consideraciones, la norma deja sin efecto uno de los principios centrales en la materia respecto de un colectivo de trabajadores.

VIII. Obligación de trabajar en tiempo suplementario

El art. 2º de res. MTEySSN 279/2020 expresa que a efectos de garantizar la continuidad de las actividades esenciales la realización de tareas por parte del personal constituye una exigencia excepcional de la economía que encuadra en el supuesto contemplado por el art. 203 LCT que

(22) Esta resolución derogó a la res. MTEySSN 219/2020 que tenía un texto parecido.

contempla la obligación de prestar servicios en tiempo suplementario.

IX. El contrato de trabajo eventual como mecanismo para crear empleo

Con la finalidad de crear empleo en la emergencia el art. 5º de la res. MTEySSN 279/2020 establece que mientras dure el aislamiento la contratación de trabajadores “... deberá ser considerada extraordinaria y transitoria en los términos del art. 99 de la Ley de Contrato de Trabajo”.

De esta manera deja sin efecto el principio de los arts. 90 LCT (23) y 27 de la ley 24.013 (24) respecto del principio general que es el del contrato de trabajo por tiempo indeterminado.

Durante el plazo de la cuarentena el principio central pasa ser el de contrato de trabajo eventual, sin que la norma prevea ninguna excepción ni distinga entre nuevos trabajadores contratados por empresas que cumplen actividades esenciales y las restantes, de forma que los trabajadores que contraten con cualquiera de ellas con fundamento en la necesidad de contratar personal por exigencias extraordinarias derivadas de las restricciones normativas es considerada tarea extraordinaria y transitoria según dicha norma y por consiguiente eventual. De esta manera tanto las empresas que realizan una actividad esencial como aquellas que necesitan contar con trabajadores “a distancia” (teletrabajo), pueden con contar empleados bajo esta modalidad.

(23) Dice el art. 90 LCT “El contrato de trabajo se entenderá celebrado por tiempo indeterminado, salvo que su término resulte de las siguientes circunstancias: a) Que se haya fijado en forma expresa y por escrito el tiempo de su duración. b) Que las modalidades de las tareas o de la actividad, razonablemente apreciadas, así lo justifiquen. La formalización de contratos por plazo determinado en forma sucesiva, que exceda de las exigencias previstas en el apartado b) de este artículo, convierte al contrato en uno por tiempo indeterminado”.

(24) Dice el citado artículo “Ratificase la vigencia del principio de indeterminación del plazo, como modalidad principal del contrato de trabajo, de acuerdo con lo establecido en el primer párrafo del art. 90 de la ley 20.744 (t.o. 1976). Con relación a las modalidades de contratación previstas en esta ley, en caso de duda se considerará que el contrato es por tiempo indeterminado”.

El texto de la norma es muy abierto, de donde podría desprenderse que toda contratación en ese lapso es siempre temporal, sin embargo, consideramos que ello es así en la medida que esos empleados realicen tareas extraordinarias y temporarias vinculadas con la crisis provocada por el virus. Si no reúnen estos recaudos esas contrataciones deben ser consideradas por tiempo indeterminado (arts. 90 LCT y 27, ley 24.013).

X. Salario sin contraprestación

Otra característica del sistema es que el empleador debe continuar abonando los salarios a aquellos trabajadores que no ponen a su disposición su fuerza de trabajo.

El art. 8° del DNU 297/2020 expresa que “Durante la vigencia del “aislamiento social, preventivo y obligatorio”, los trabajadores y trabajadoras del sector privado tendrán derecho al goce íntegro de sus ingresos habituales, en los términos que establecerá la reglamentación del MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL” lo que constituye una excepción a lo dispuesto por la última parte del art. 103, LCT.

Esta norma aún no ha sido reglamentada.

Como sucedáneo el DNU 322/2020 (25) creó el Programa de Asistencia de Emergencia al Trabajo y la Producción, que ofrece tres posibilidades a los empleadores que se encuadren en las situaciones allí previstas: (i) postergación en el pago de las contribuciones patronales o reducción de hasta 95% de las mismas por el mes de abril 2020; (ii) una Asignación compensatoria al salario; o (iii) Programa REPRO de Asistencia por la emergencia Sanitaria.

XI. Extensión a figuras no laborales

La res. MTEySSN 202/2020 extiende la obligación de no prestar tareas y guardar aislamiento con pago de la retribución a figuras no laborales como las becas (26) y pasantías (27). También

(25) BO 01/04/2020.

(26) Ley 24.241, art. 7°.

(27) Ley 26.427.

incluye a las residencias médicas reguladas por la ley. 22.127 que son una modalidad de beca.

Con fecha 17 de marzo de 2020 se dicta la res. 207/2020 del MTEySSN (28) que amplía los alcances de la anterior ya que incluye a las personas vinculadas por contratos no laborales como las locaciones de servicios (29) y las que realiza el Estado para la prestación de servicios profesionales autónomos para el desarrollo de tareas, estudios, proyectos o programas especiales regulados por el dec. 1109/2017 (art. 1°).

El art. 3° de la res. MTEySSN 219/2020 agrega a esa lista aquellas tareas que se presten en forma análoga a la locación de servicio que se desarrollan en el sector privado. La referencia era muy amplia y difusa y podría comprender, por ejemplo, el leasing, el contrato de agencia, entre otros.

Dicha norma fue derogada por la res. MTEySSN 279/2020 y en el art. 3° repite textualmente el artículo derogado y al cual nos hemos referido precedentemente.

De esta manera se aplican a figuras no laborales normas específicamente dictadas para los empleados en relación de dependencia. Desde esa perspectiva se trata de una ampliación del espectro subjetivo regulado por la norma laboral.

XII. Prohibición de despidos sin justa causa y de despidos y suspensiones por falta o disminución de trabajo no imputable al empleador

El DNU 329/2020, publicado en el BO el 31 de marzo de 2020, establece la prohibición de despidos sin justa causa y de despidos y suspensiones por falta o disminución de trabajo no imputable al empleador por el plazo de 60 días (30) con la finalidad de “... preservar la paz social...”, evitando medidas unilaterales “... que no serán más que una forma de agravar en ma-

(28) BO 17/03/2020.

(29) La denominación locación de servicios corresponde al Cód. Civil, ley 340, derogado. El Código Civil y Comercial de la Nación la denomina como contrato de obra y servicio (arts. 1251 y ss.).

(30) Que vence el 30/04/2020.

por medida los problemas que el aislamiento social preventivo y obligatorio procura remediar”, luego prórrogado por DNU 487/2020.

Respecto de esta norma nos remitimos a nuestro comentario publicado en la Revista La Ley online newsletter (31). Solamente, y dado el limitado alcance de este artículo, transcribiré una singularidad de la manda legal y es “... que en sus mismos fundamentos, y como sustento de la prohibición que instaura y de la cancelación del caso fortuito y de la falta o disminución de trabajo no imputable al empleador, reconoce, casualmente, la existencia de caso fortuito o de falta o disminución de trabajo no imputable al empleador. Es decir que como hay una situación que configura un supuesto de caso fortuito o de falta o disminución de trabajo no imputable al empleador, el empleador no puede utilizar los mecanismos que la LCT prevé para esas situaciones”. En efecto el considerando segundo expresa que el coronavirus agravó “... la crisis económica en que se encontraba el país”; el considerando cuatro se refiere al “... efecto devastador de dicha pandemia...” y que el aislamiento fue decretado por ello; a su vez en el considerado quinto se dice que esa medida “... impacta directamente sobre la actividad económica del país y en el sistema de producción de bienes y servicios...”; y finalmente en el octavo se señala que esta “crisis excepcional conlleva la necesidad de adoptar medidas de idéntica índole...”.

XIII. La centralidad de los acuerdos por suspensiones

El DNU 329/2020 exceptúa, en el art. 3º segundo párrafo, de la prohibición de suspensiones y despidos fundados en fuerza mayor o falta o disminución de trabajo no imputable al empleador, a las suspensiones pactadas individual o colectivamente y homologadas por la autoridad de aplicación, conforme lo establecido por el art. 223 bis, LCT, luego prórrogado por DNU 487/2020.

Es decir que lo que queda prohibido son las suspensiones impuestas unilateralmente por el empleador con fundamento en la fuerza mayor, falta o disminución de trabajo no imputa-

ble al empleador (y también los despidos sin justa causa por las mencionadas precedentemente); adquiriendo así centralidad el citado mecanismo.

XIV. La presunción de la enfermedad COVID-19 en los trabajadores que prestan tareas en actividades esenciales

(i) Espectro de trabajadores comprendido

El DNU 376/2020 (32) establece un sistema específico, dentro de la Ley de Riesgos del Trabajo, para los empleados en relación de dependencia que se desempeñan en las actividades declaradas esenciales por el DNU 297/2020 y por las normas posteriores que ampliaron dicho espectro. El sistema estatuido implica una modificación a la ley 24.557 de Riesgos del Trabajo (LRT), ya que esta no incluye a dicha enfermedad en su listado de enfermedades profesionales previsto [art. 3º, ap. (a) del art. LRT], ni tampoco al sistema para declarar a una dolencia no incluida en el listado como profesional, pues la Aseguradora de Riesgos del Trabajo no puede rechazar la contingencia, que tiene un mecanismo presuncional particular y una temporalidad. En efecto, respecto de todos los trabajadores que prestan tareas en servicios esenciales la norma distingue entre los que son trabajadores de salud y los restantes.

(ii) Trabajadores del sector salud:

En este caso si el trabajador del sector salud presenta la enfermedad COVID-19, se presumirá que la contrajo por el trabajo (causalidad directa e inmediata), salvo que se demuestre lo contrario; hecho este último de muy difícil prueba (art. 4).

(iii) Trabajadores de actividades esenciales, menos del sector salud:

Respecto de este colectivo la norma establece que “se considerará presuntivamente” que se trata de una enfermedad profesional no incluida en el listado de enfermedades (art. 1º). En este caso la presunción rige hasta los 60 días posteriores contados desde la ampliación de la emergencia dispuesta por el DNU 260/2020 y

(31) 05/04/2020.

(32) B.O. 14/04/2020

sus eventuales prórrogas (art. 4º). Ahora bien, si en la actividad hay un número “relevante” de infectados por COVID-19, en el establecimiento hay cercanía o posibles contactos u otros hechos reveladores de contagio, se presume la profesionalidad de la dolencia salvo prueba en contrario (art. 4º). Se asemeja, en este caso, a la situación de los trabajadores del sector salud.

(iv) Financiamiento:

Hasta los 60 días posteriores contados desde la ampliación de la emergencia dispuesta por el DNU 260/2020 y sus eventuales prórrogas las prestaciones serán financiadas por el Fondo Fiduciario de Enfermedades Profesionales (art. 5º).

(v) Aplicación temporal:

A las contingencias cuya primera manifestación invalidante haya sucedido después del 19 de marzo de 2020 (art. 7º).

XV. Comentario final

Es indudable que se está configurando un Derecho del Trabajo de la crisis, motivado por la pandemia del COVID-19.

La OIT en un reciente comunicado (33) titulado “COVID-19 y el mundo del trabajo: repercusiones y respuestas” ha expresado que “El COVID-19 tendrá una amplia repercusión en el mercado laboral. Más allá de la inquietud que provoca a corto plazo para la salud de los trabajadores y de sus familias, el virus y la consiguiente crisis económica repercutirán adversamente en el mundo del trabajo en tres aspectos fundamentales, a saber: 1) la cantidad de empleo (tanto en materia de desempleo como de subempleo), 2) la calidad del trabajo (con respecto a los salarios y acceso a la protección social); y 3) los efectos en los grupos específicos más vulnerables frente a las consecuencias adversa en el mercado laboral” (p. 1).

Cuando se retome la actividad el mundo del trabajo, sobre el que se apoya el Derecho del Trabajo no va a ser el mismo que conocíamos.

La pandemia y las normas laborales dictadas en consecuencia ponen en “blanco sobre negro” la crisis de adaptación de algunos institutos de nuestra disciplina no solo respecto de la situación de normalidad previa, sino, y en especial, frente al nuevo escenario que se avizora. A muchas instituciones del Derecho del Trabajo se las tuvo que dejar de lado, porque las respuestas que ellas daban, solo podían agravar la situación; y, en particular, de los asalariados.

Las consecuencias del COVID-19 no se terminan con el fin del aislamiento. A partir de allí va a empezar una nueva etapa de reconstrucción en la que va ser imprescindible la creación de empleo productivo en el marco de un Estado agobiado por el esfuerzo, que deberá destinar gran parte de los recursos a atender las necesidades básicas de aquellos que quedaron marginados, lo cual es más que razonable, y a empresas exhaustas. Será penoso, pero es la realidad.

El informe del *Barómetro de la Deuda Social* de la Universidad Católica Argentina (UCA) del 31 de marzo del 2020 expresa: “En este marco, la actual emergencia sanitaria pone en estado de crisis agravada a un sistema socioeconómico desigual, estructuralmente empobrecido, no desde ahora sino desde hace décadas. El nuevo escenario paraliza aún más la inversión, los consumos y la demanda de empleo en la economía formal, a la vez que diluye toda expectativa de reactivación, afectando especialmente a la pequeña y mediana empresa, profundizando la relación entre informalidad económica, pobreza y exclusión social. Si la situación social ya era ‘delicada’ a finales de 2019, es de esperar que todo se agrave aún más en los próximos meses”.

En forma coincidente en el informe correspondiente a enero 2020 de la Subsecretaría de Programación Técnica y Estudios Laborales denominado “diagnóstico del empleo no registrado enero 2020” señala que, “... a partir de los efectos de la pandemia del COVID-19 en la crisis económica durante las últimas semanas, se espera una dinámica desfavorable en el empleo, principalmente en sectores como el turismo, los servicios culturales, el comercio, el transporte y determinadas actividades industriales.” Y agrega que “... la inédita situación global provocada por la pandemia hace difícil evaluar con precisión los efectos que estas medidas tendrán en la eco-

(33) 18/03/2020.

nomía, y por ende en el mercado de trabajo, ya de por sí deprimido luego de dos años de retracción económica...”

El empleo va a ser escaso y los salarios en muchos sectores van a ser afectados.

Y el Derecho del Trabajo tal como lo conocemos ha demostrado ser ineficiente para situaciones de crisis como lo prueban las normas que se han dictado dejando de lado algunos de sus principios centrales.

A través de las brumas de las crisis, y con esa limitación, se perciben varios cambios que van a trascender la etapa de aislamiento.

Quiero recordar a Ripert cuando dijo (34) “Si el derecho tiene por objeto, como lo creo, hacer reinar el orden en la sociedad, el verdadero progreso del derecho consiste en dar nuevas reglas, solo con el fin de asegurar un orden mejor. De ahí la necesidad de reglas de carácter abstracto y permanente, expresadas con claridad, acompañadas de sanciones eficaces. Cuando las condiciones materiales de vida y las propias costumbres de los hombres cambian estas leyes deben modificarse. ‘Las leyes se hacen con el tiempo’ decía Portalis; a decir verdad, uno las hace” (el destacado nos pertenece).

(34) RIPERT, Georges, “La crisis del derecho”, Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961, p. 30.

lus variandi, rebajas salariales y teletrabajo en la era del COVID-19

Andrea E. García Vior (*)

Sumario: I. Introducción de contexto.— II. Breve reseña de las medidas adoptadas. Régimen normativo actual.— III. Distintas variantes en las situaciones de empleo.— IV. Instituciones afectadas por el virus.— V. Trabajo a domicilio y teletrabajo.— VI. A modo de cierre reflexivo.

I. Introducción de contexto (**)

La maraña de medios tecnológicos y aplicaciones que, así como nos acercan, nos alejan y amedrentan todo el tiempo, me sorprendió un día con la siguiente pregunta: ¿qué tema le gustaría abordar en una charla abierta de Derecho del Trabajo?

Como se imaginarán, tardé en contestar (unos 21 minutos para ser exactos —lo tengo registrado en el WhatsApp—). Quería decir “Todos”, porque hasta los cimientos mismos de la especialidad se han conmovido en esta crisis: desde el concepto mismo de trabajo protegido (dependiente, parasubordinado o autónomo, ver res. MTEySS 207, 219, 279), pasando por los derechos fundamentales y los principios (como el de irrenunciabilidad, p. ej.), las técnicas de protección (limitación de la autonomía de la voluntad), el orden público, las modalidades contractuales, la interrelación entre el Derecho del Trabajo y la seguridad social, el rol del Estado, el papel de los actores colectivos, etcétera.

La crisis del coronavirus y las medidas sanitarias, fiscales, económicas y sociales adoptadas a

partir de principios de marzo 2020 se instalaron en terreno un devastado:

- 30% de los trabajadores en el sector de la economía informal;

- 30% de los trabajadores precarizados (registra- ciones parciales, contratos temporarios, etc.);

- 20% de pseudoautónomos —profesionales, intermediarios, monotributistas—;

- 10% de desocupados;

- 10% trabajo formal no precario ni temporario.

La emergencia social ya se había declarado el 13/12/2019 con el dictado del dec. 34/2019 (la doble indemnización por despido sin causa), prorrogada por DNU 528/2020, y el 23/12/2019 se publicó la ley 27.541, que declaró la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social.

El virus vino a amenazar lo poco que quedaba. Desde una visión médica y humanitaria, el virus enferma y mata personas, y en el ámbito social requiere de medidas que enferman y matan especialmente a los más vulnerables: desocupados, trabajadores informales y precarios (especialmente jóvenes y mujeres), pequeños comerciantes y microempresarios. No hace falta que me explaye en argumentos para explicar que solo pueden sobrellevar más o menos dignamente el confinamiento (ASPO) quienes pertenecen al grupo de los privilegiados. Las personas que viven “al día” deben optar entre

(*) Abogada (UBA); especialista en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (UBA); doctoranda UMSA; jueza nacional del Trabajo; docente de grado y posgrado en distintas universidades nacionales —públicas y privadas—.

(**) Sobre las rebajas remuneratorias, las alteraciones en el tiempo y el lugar de trabajo, las nuevas modalidades de prestación, la vida y la salud de los trabajadores y la incertidumbre sobre un mañana que no se presenta promisorio. El concepto de resiliencia en las normas de la OIT.

morir de hambre o por la enfermedad: el trabajo y la necesidad de mantener sus ingresos es una cuestión de vida o muerte, por lo que la sociedad no puede desentenderse de ellos, sería casi tan drástico como desentenderse del riesgo biológico que importa el COVID-19 o del peligro de que se produzca el colapso del sistema sanitario.

En el caso, y para no extenderme en demasía, daré por cumplidos la totalidad de los recaudos y los condicionamientos que habilitan la suspensión de ciertos derechos o garantías en función del estado de emergencia, en tanto las medidas adoptadas encuadran en el art. 99, inc. 3º, de la CN, los decretos de necesidad y urgencia se han dictado conforme a la ley 26.122, en principio media razonabilidad y proporcionalidad en las medidas propuestas y se trata en todos los casos de regulaciones de vigencia temporal.

Al respecto, siguiendo la doctrina sentada por la Corte Suprema en el conocido caso “Peralta, Luis c. Estado Nacional”, del 27/12/1990, se ha señalado que “los requisitos necesarios para reconocer valor y autenticidad constitucional a las normas de emergencia son: a) la declaración previa de la situación de emergencia (Fallos 243:249, 243:467); b) la necesaria posterior intervención del poder del Estado, a quien corresponde el ejercicio de la potestad circunstancialmente ejercida por otro; c) el carácter temporal o transitorio de las normas restrictivas del ejercicio de derechos individuales (Fallos 136:171, 200:450); d) la inalterabilidad de la esencia de tales derechos (Fallos 243:467) y e) la proporcionalidad entre la situación de emergencia y las medidas dictadas para conjurarla (Fallos 136:171, 200:450). Si tales recaudos convergen o no, es cuestión que en cada caso deberá auscultarse bajo el infalible prisma de la razonabilidad (STJ, L.A. nro. 51, F. 220/228, nro. 98)” (1).

II. Breve reseña de las medidas adoptadas. Régimen normativo actual

En un mes, con una rapidez y precisión inusitada, el Poder Ejecutivo Nacional (PEN) adop-

tó una serie importantísima de medidas para enfrentar la crisis. Sin intentar agotarlas en su enunciación, me limitaré a agruparlas según su aparición cronológica y vinculación temática a partir del 11/03/2020, fecha en la cual la Organización Mundial de la Salud declaró la existencia de pandemia por COVID-19.

- 13/03/2020 DNU 260/2020 y res. MT 202/2020 y 207/2020: estado de emergencia sanitaria prorrogada y ampliada por coronavirus; licencias y medidas de aislamiento a grupos de riesgo; se prohíben actividades concentración de personas (suspensión de clases, espectáculos públicos y deportivos, etc.):

- 20/03/2020 DNU 297/2020: aislamiento social preventivo y obligatorio (ASPO); plazo que posteriormente fuera ampliado mediante los decs. 325/2020, 355/2020, 408/2020, 459/2020 y sucesivas prórrogas; excepciones: art. 6º, DNU 297/2020, dec. adm. (JGM) 429/2020, 430/2020, dec. 408/2020 y demás normas complementarias.

- 30/03/2020 res. MTEySS 279/2020: organización de la jornada, horas suplementarias y teletrabajo;

- 31/03/2020 DNU 329/2020: prohibición de despidos sin causa o fundados en el art. 247 LCT y de suspensiones por fuerza mayor o causas económicas; decs. 332/2020, 347/2020 y 376/2020, Programa de Asistencia Económica de Emergencia al Trabajo y la Producción (ATP); res. MTEySS 397/2020 (BO 30/04/2020), Acuerdo UIA-CGT del 27/04/2020, reglamenta el art. 223 bis LCT a la luz de lo dispuesto en el dec. 329/2020; luego prorrogado por el DNU 487/2020.

- 13/04/2020 dec. 367/2020 y res. SRT 38 y 40: LRT y COVID-19, enfermedad profesional no listada, sujetos amparados, agrupamientos diferenciados, trámite; res. 21 SRT del 17/03/2014: cobertura de la LRT al personal que trabaje en su lugar de aislamiento (ver también res. SRT 1552/2012 y MTEySS 595/2013 —PROPET—).

Como muchos autores en la emergencia ya han abordado las cuestiones vinculadas con los despidos sin causa o por causas económicas o de fuerza mayor y las referentes a la cobertura que brinda (o debería brindar) el sistema de

(1) ST Jujuy, 18/05/2004, “Zenarruza, Humberto y otros c. Dirección Provincial de Recursos Hídricos - Estado Provincial s/recurso de inconstitucionalidad interpuesto”.

riesgos del trabajo (2), para esta ocasión he decidido “volar bajo”, tal vez como un modo de estar cerca de la gente que aún tiene trabajo y tiene miedo de perderlo o simplemente como un ejercicio de optimismo: esta crisis pasará y nos dejará muchas enseñanzas, entre ellas: el teletrabajo. Lo andado y vivido en estos tiempos va a hacer historia y me gustaría retener en mi memoria lo “no antes visto” de todo esto.

III. Distintas variantes en las situaciones de empleo

A raíz de la emergencia podemos diferenciar el colectivo trabajador (en términos amplios) y sin perjuicio de sus muchas diversidades, en por lo menos tres subgrupos: los que están empleados y prestan servicios en forma presencial o semipresencial —servicios esenciales—, los que están empleados y prestan servicios en régimen de trabajo a domicilio o en régimen de teletrabajo y los que están empleados pero se encuentran impedidos de prestar servicios. Se calcula que cerca del 50% de la población trabajadora está prestando tareas pese al cese de actividades, ya sea por estar vinculada a servicios esenciales o por haberse implementado el trabajo domiciliario o en régimen de teletrabajo. Todas estas personas, presten o no tareas de modo efectivo, se encuentran sometidas a un nuevo régimen de trabajo, una suerte de *derecho de trabajo ad hoc* o *derecho de trabajo de crisis*.

IV. Instituciones afectadas por el virus

Tres son los grandes institutos que ocupan el eje central en toda relación de trabajo: 1) la remuneración, 2) el tiempo de trabajo y 3) la modalidad y las condiciones de trabajo.

En todas esas áreas se han producido alteraciones “virulentas”. Veamos:

IV.1. En cuanto al cobro de la remuneración

Pese al esfuerzo que algunos hacen por ver en el dispositivo del art. 223 bis de la LCT algo vin-

culado a una “suspensión por fuerza mayor”, lo cierto es que en la Argentina —y en el mundo— la gente no concurre a sus lugares de trabajo por disposición de los gobiernos y a raíz de normas de *orden público absoluto*. La imposibilidad de concurrir a trabajar primero se dio respecto de un sector bastante numeroso —docentes, progenitores de niños, niñas o adolescentes en edad escolar, personas que provenían de zonas “afectadas” o particularmente afectadas y sus contactos “estrechos”, trabajadores y trabajadoras de más de 60 años de edad, personas que tuvieran antecedentes de enfermedades coronarias, respiratorias, diabetes, inmunosuprimidos, embarazadas etc.— en función de las resoluciones dictadas por el MTEySS y por el DNU 260/2020 (desde el 6 al 20/03/2020 en la Argentina, teniendo en cuenta la res. 178 MTEySS del 06/03/2020 —anterior al dec. 260/2020—), y luego la totalidad de la población debió someterse al régimen del ASPO, exhortándose a los trabajadores a “abstenerse” de concurrir a sus lugares de trabajo.

En sí, la abstención de prestar tareas se dio por orden superior y los empleadores en tal marco no pueden suspender. El recurso a la figura de la “suspensión” no es más que una ficción: no se puede suspender lo que ya está suspendido. En definitiva, la habilitación que en el dec. 329/2020 efectuó el PEN para recurrir a la figura del art. 223 bis de la LCT tiene por objeto permitir *rebajas salariales*.

En efecto, se prohibieron los despidos sin causa o por fuerza mayor, como así también las suspensiones por fuerza mayor o causas económicas, por lo que de conformidad con el art. 1733 del Cód. Civ. y Com. no cabe intentar una eximición siquiera parcial de responsabilidad por el pago íntegro de los salarios (art. 8º, dec. 297/2020) en función del alegado supuesto de “fuerza mayor”, por lo que es de toda evidencia que lo que se pretendió con la excepción efectuada en la norma con invocación del referido art. 223 bis de la LCT es que, en el marco de la crisis, las partes negocien: por un lado, restarle naturaleza salarial al ingreso que el dec. 297/2020 garantizaba en su integralidad (incluyendo salario indirecto y conceptos no salariales), lo que representa una reducción de costos para el empresario en cuanto se exime

(2) Ver en especial trabajos de ARESE, César - MAZA, Miguel Á., - MACHADO, José D., “El impacto del coronavirus en las relaciones laborales”, dossier digital nro. 3, RDL, Rubinzal-Culzoni, Actualidad del 28/04/2020 y Revista Argentina de Derecho Social nro. 3, Corriente de Abogados Laboralistas, 7 de julio, entre otras publicaciones, charlas, conferencias y documentos digitales publicados en las redes.

del pago de aportes y contribuciones; y, por el otro, permitir que se negocien *rebajas salariales*.

Debe decirse que junto con el dec. 329/2020 que prohibió los despidos y las suspensiones inmotivadas o con sustento en “fuerza mayor” se elaboró todo un Programa de Asistencia Económica de Emergencia al Trabajo y la Producción (ATP) por el cual el Estado asume el pago del 50% del salario (con un piso de 1 SMVM y un tope de 2 SMVM) del total de la plantilla de trabajadores y exime del pago de contribuciones patronales hasta en un 95%; también se permite al empresariado y a los microemprendedores acceder a créditos a tasa 0 o muy económicos y se suspenden las ejecuciones por deudas fiscales.

En ese contexto, la primera embestida que sufrieron los trabajadores aislados por el ASPO fue la *rebaja salarial*. Una rebaja salarial impuesta unilateralmente por el empleador, que rara vez recurrió a la negociación con los representantes sindicales y menos aún a la autoridad administrativa del trabajo a fin de obtener, previa acreditación de su situación deficitaria, la homologación del convenio propuesto.

Fue necesario el dictado del dec. 329/2020 y, posteriormente, de la res. 397/2020 del MTEySS (del 30/04/2020) para que quedara en claro lo que muchos especialistas veníamos diciendo: es necesario recurrir al procedimiento preventivo de crisis de empresas (decs. 328/1988 y 265/2002 y arts. 98 y ss., ley 24.013) o al menos someter a evaluación de la autoridad estatal, con intervención sindical, toda propuesta de rebaja salarial. Tratándose básicamente de un conflicto de intereses en el marco de la emergencia pública declarada por el PEN, no es la autoridad judicial la llamada a intervenir, puesto que el Poder Judicial en principio solo debe intervenir ante conflictos de derecho.

Vemos aquí algo nunca antes visto: pese a lo expresamente dispuesto en el art. 12 de la LCT y al principio de irrenunciabilidad que rige en la materia, los acuerdos individuales de rebajas salariales comenzaron en la práctica a imponerse y hasta a sostenerse su validez desde algunos sectores sociales (algunos muy ilustrados y compenetrados con la temática laboral). Para los afectados era preferible ello a la pérdida

del empleo en un marco de paro absoluto. Esta situación que en la realidad se impuso no responde a la correcta interpretación de la autorización conferida por el PEN.

Con el dictado de la res. 397/2020 del 30/04/2020, que aprobó el acuerdo al que arribaran la CGT y la UIA el día 27/04/2020, quedó suficientemente claro que para que resulte válida cualquier rebaja salarial primero debe transitarse el procedimiento allí previsto. Sin embargo, los actores sociales —representativos de solo un sector de trabajadores y actividades— allí validaron en forma expresa toda reducción en el ingreso que se pacte por encima del 75% del valor del salario neto de los trabajadores y trabajadoras en ASPO.

Otra cosa nunca antes vista: en forma anticipada el sector sindical aprueba rebajas colectivas de salarios sin verificar —ni exigir que se verifiquen— las circunstancias reales por las que atraviesa la empresa en comparación con períodos fiscales anteriores. Nótese que, como señalara anteriormente, ya desde el 1 de abril de este año las empresas cuentan con una importantísima ayuda económica, financiera y fiscal por parte del Estado (al que contribuimos todos). Así, hasta el 50% de la nómina salarial será cubierta por el Estado, el otro 25% va a ser financiado por los propios trabajadores, por lo que el aporte del sector empresario no es ni siquiera igual al del sector trabajador en la medida que a su vez se ve beneficiado con créditos fiscales, asistencia financiera y eximición de pago de contribuciones patronales (DNU 332, 347 y 376).

Es por demás razonable y entendible en el mundo de las micro, pequeñas y medianas empresas la alegación de fuerza mayor insuperable para poder afrontar el pago de salarios durante períodos en que no genera ganancias. A ese colectivo claramente se dirigen las normas oportunamente dictadas por el PEN. Sin embargo, muchas otras empresas (de reconocida envergadura y solvencia) han solicitado la asistencia del Estado y han dispuesto rebajas salariales en forma unilateral o despidos colectivos de personal propio, precario o tercerizado. Seguramente se ha de desarrollar al respecto una conflictividad atípica pospandemia.

Cabe acotar a esta altura del relato que esta autorización para reducir los salarios no resulta aplicable a quienes presten servicios esenciales (conf. art. 6º, DNU 297/2020 y demás normas complementarias) ni a quienes estén dispensados de prestar tareas por razones de salud o a quienes trabajen desde sus lugares de aislamiento (excepciones previstas en el acuerdo CGT-UIA del 27/04/2020, anexo a la res. MTEySS 397/2020), por lo que cualquier exceso en medidas de este tipo va a generar tarde o temprano numerosos reclamos.

IV.2. En cuanto al tiempo de trabajo

La res. 279/2020 del MTEySS (30/03/2020) puso en evidencia y habilitó algo que estaba sucediendo en los hechos ya desde principios de marzo de 2020 que es la alteración de las jornadas de trabajo. Al respecto, previó en su art. 4º: “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”.

Otra cosa nunca antes vista: la modificación unilateral de la jornada de trabajo se considera a través de una norma de emergencia como un “ejercicio razonable de las facultades del empleador”.

No hace falta que me extienda aquí en consideraciones sobre lo que es el *ius variandi* patronal y cuáles son sus límites (art. 66, LCT). Desde siempre la extensión de la jornada y su tipo (diurno, nocturno, mixto) han sido considerados elementos esenciales del contrato de trabajo y, por ende, no podía admitirse su modificación de modo unilateral por parte del empleador.

Es verdad que la regulación en ciernes se vincula con las personas que prestan servicios en las actividades esenciales (que hoy son muchas, incluidas las de *delivery*, producción y venta de alimentos, recolección de residuos, transporte, etc.). Sin embargo quienes no prestan servicios en esas áreas han sido también durante este lapso objeto de modificaciones unilaterales en

cuanto al tiempo a disposición, si no presencial, de modo remoto puesto que, como veremos seguidamente, en la era del COVID la gran estrella resultó ser el trabajo a domicilio, remoto o en régimen de teletrabajo.

Ante el drástico cambio de paradigma operado por el COVID-19, ciertamente las actividades vinculadas con los servicios sanitarios, médicos, de higiene, de seguridad, de alimentación y suministro de servicios y productos básicos se enfrentaron a la necesidad de cubrir con mayor amplitud y agilidad los requerimientos de la población y, ante el aislamiento obligatorio al que las personas se vieron sometidas (afectándose libertades básicas y la libre disposición del tiempo propio), no es posible presumir que un cambio de horario pudiera afectar en la emergencia en forma sumamente grave al trabajador convocado. Se entiende que esta habilitación para reorganizar la jornada de trabajo es meramente temporaria y habrá de ejercerse de manera funcional.

Sin embargo, muchos han sido los casos comentados en esa maraña informativa que circula en estas épocas en los que los cambios impuestos en materia de jornada, a más de haber sido sumamente drásticos, importaron una extensión no remunerada de la jornada convenida o el cumplimiento de tareas en dos turnos de escasa cantidad de horas. Así para habilitar ciertos sectores de trabajo se requirieron servicios de limpieza o desinfección en horas diversas a las comprendidas en el contrato, muchos empleados debieron asumir los servicios que compañeros afectados por algún factor de riesgo no podía realizar, etc. En el marco de esta crisis, los trabajos realizados en tiempo suplementario o extraordinario, además de no estar autorizados, no han sido en general remunerados.

Más allá de haberse de algún modo suspendido la invocación del art. 66 de la LCT en relación con la modificación de la jornada de trabajo, lo cierto es que tanto la LCT como la ley 11.544 prevén la posibilidad de exigir la realización de tareas en horas extraordinarias ante peligro grave o inminente, o en caso de guerra o por razones de seguridad pública. El art. 7º de la ley 11.544 establece que “Las prescripciones de esta ley, pueden ser suspendidas total o par-

cialmente por decreto del Poder Ejecutivo nacional en caso de guerra o circunstancias que impliquen un peligro inminente para la seguridad pública”, por lo que en función de la temporalidad de la habilitación especial otorgada al empleador para modificar o reorganizar las jornadas de trabajo, no cabría, por el momento y de no naturalizarse la situación, formular mayores reparos al respecto, sin perjuicio del derecho del trabajador al cobro de las horas extraordinarias en caso de realizarlas, puesto que la posibilidad de modificar el régimen de jornada no implica la eximición de responsabilidad por el pago de las horas trabajadas en exceso de la jornada máxima legal o convencional.

V. Trabajo a domicilio y teletrabajo

El trabajo a domicilio o en el domicilio no es nada nuevo (ley 12.714 del año 1941, convenio OIT 177 y recomendación OIT 184) y tampoco lo es el teletrabajo, es decir aquel que se realiza fuera de la sede de la empresa y utilizando tecnologías de la información y la comunicación (TIC) —recordemos los muchos proyectos legislativos presentados entre 2007 y 2014, los dos anteproyectos presentados este año, el “Manual de Buenas Prácticas de la Coordinación de Teletrabajo” del MTEySS del 2013 desarrollado en el marco del PROPET —Programa de Promoción del Empleo en Teletrabajo-, res. 595/2013 y res. SRT 1552/2012.

Sin embargo no se ha dictado aún una ley de teletrabajo ni se ha incluido reforma alguna en la LCT para establecer las condiciones en que debe llevarse a cabo esta modalidad prestacional. El Gobierno Nacional para el sector público ha elaborado una “Guía de Recomendaciones sobre trabajo remoto y bienestar psicosocial” a través de la Oficina de Empleo Público dependiente de la Jefatura de Gabinete de Ministros que no deja de ser un pequeño manual de buenos consejos.

La novedad no está en sí en la modalidad de prestación (muy conocida, en particular por los trabajadores del sector informático y de las comunicaciones) sino en la implantación obligada y sin ningún tipo de soporte de infraestructura o capacitación que derivó de la necesidad de continuar produciendo bienes y servicios, pero ahora desde el lugar en que se encuentre

la persona a raíz de la medida de aislamiento obligatorio.

Los considerandos de los DNU 297/2020 y 325/2020, las res. MTEYSS 202 (3), 207, 219 (4) y 279, la dec. adm. de la jefatura de Gabinete de Ministros 390 y la res. SRT 21/2020 imponen el régimen de teletrabajo o trabajo domiciliario en todas aquellas actividades en que sea posible y asimismo se prevé que lo que se percibe a cambio es remuneración y no una asignación o prestación de la seguridad social y el derecho a la cobertura de las contingencias previstas en la Ley de Riesgos del Trabajo cuando la labor se desarrolle en el domicilio.

Es un hecho: el trabajo remoto irrumpió de golpe, de manera obligada y, en apariencia, con la idea de quedarse. Toda esta normativa de emergencia establece que los trabajadores y trabajadoras “deberán”, en el marco de la buena fe contractual, establecer con su empleador las condiciones en que el trabajo ha de desarrollarse.

¿Puede un trabajador negarse a realizar tareas desde el hogar? ¿Puede constituir su negativa una falta grave configurativa de injuria?

(3) Res. MTEySS 202/2020 (14/03), art. 4º: “Los trabajadores y las trabajadoras alcanzados por la dispensa del deber de asistencia al lugar de trabajo que no posean confirmación médica de haber contraído el COVID-19, ni la sintomatología descrita en el inc. a) del art. 7º del DNU N° 260, cuyas tareas habituales 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”.

(4) Res. MTEYSS 219/2020, 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, convenir con el empleador las condiciones en que dicha labor será realizada. Quienes efectivamente acuerden este modo de realización de sus tareas, percibirán su remuneración habitual en tanto que, en aquellos casos que esto no sea posible, las sumas percibidas tendrán carácter no remuneratorio excepto respecto de los aportes y contribuciones al sistema nacional del seguro de salud y al Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados. La Administración Federal de Ingresos Públicos dispondrá las medidas necesarias a fin de verificar la correcta aplicación de esta disposición”.

¿Podría descontarse el salario correspondiente a los días en que no se hubiera verificado producción por parte del agente? ¿Qué condiciones deberían darse para que el trabajador no pueda negarse a realizar tareas en su casa? ¿Qué tipos de controles puede implementar el empleador para garantizar la eficacia o la productividad del empleado? ¿Puede fijarse un mínimo de horas diarias de conexión remota para habilitar el pago de salarios? ¿Solo es viable el trabajo telemático cuando se pueden establecer objetivos de producción? ¿Cómo se evalúa la producción media? ¿Quién debe asumir los costos de adquisición, instalación, mantenimiento o puesta en funcionamiento de los soportes informáticos (*hardware* y *software*)? ¿Podría negarse el derecho de *reversión a* quienes deseen, luego de la crisis, volver a sus lugares habituales de trabajo?

En primer lugar no tenemos en claro cuáles serían las tareas habituales “u otras análogas” para muchos puestos de trabajo (personal profesional, técnico o jerárquico en teletrabajo podría ser afectado a tareas de control de stock, de archivo o de relevamiento). Todas las disposiciones de emergencia hablan de tareas realizadas “desde el lugar de aislamiento”, es decir, trabajo a distancia. No distinguen estas normas entre tipos de tareas o entre diversas modalidades.

No es lo mismo el trabajo a domicilio o en el domicilio, que el teletrabajo o el trabajo remoto. El hecho de que no se realice la tarea en la fábrica, local o sede del empleador solo nos aporta un elemento. Si se trata de trabajo remoto, es decir aquel que se realiza desde un lugar pero cuyo resultado o producto se inserta en un esquema más amplio —programa o proyecto que integra— estamos indirectamente aludiendo a plataformas o sistemas de trabajo en red cuya implementación y puesta en marcha requiere, en principio, de alguna infraestructura y ciertos conocimientos técnicos. Lo mismo acontece con el trabajo que se realiza a distancia, pero a través de las tecnologías de la comunicación y la información (TIC) porque allí los servicios pueden incorporarse a un esquema de trabajo común y más amplio (dentro de un sistema, página o plataforma digital) o agotarse con la prestación del servicio (asistencia técnica, atención al cliente, asesoramiento profesional, etc.). En el primer caso podemos hablar de trabajo conec-

tado remoto (una forma de teletrabajo que exige cierta infraestructura) y en el segundo caso, de teletrabajo simple.

Las formas y modalidades de prestación son tan vastas como son los tipos de organizaciones empresariales y las actividades a que estas se dedican.

Resulta entonces sumamente razonable que, en el marco de la emergencia declarada y ante la ausencia de normas específicas, se haya dejado librada a la *buena fe contractual* la determinación de las condiciones en que la tarea en el lugar de aislamiento ha de llevarse a cabo.

Sin embargo, esta modalidad prestacional, al estar librada al libre acuerdo de partes, puede derivar en abusos y excesos de ambas partes. Chile ha advertido la inconveniencia de dejar librada a la mera voluntad de las partes la implementación de esta modalidad de trabajo y con fecha 26 de marzo de este año sancionó la ley 21.220 de Teletrabajo.

Como dijimos, en nuestro país no hay normas que regulen el teletrabajo y una de las características que presenta en la práctica es la flexibilidad horaria. Esta flexibilidad horaria puede acarrear enormes conflictos si no se establecen pautas claras. Piénsese en los hogares con niños en edad escolar y tomando clases *online*, la cohabitación con jóvenes o adultos con trabajo o en formación, las obligaciones que impone la vida hogareña y familiar, los deberes de cuidado respecto de adultos mayores, las limitaciones edilicias o de equipamiento, etcétera.

En un marco tan particular, agravado por la imposibilidad de traslación, la fijación de horarios y la organización de la tarea se dificultan y, así como puede llevar a una dedicación y un rendimiento muy inferiores al promedio, puede dar lugar a una sobrecarga excesiva de tareas y a la llamada “info-intoxicación”. Se dice, con razón, que la tecnología es una droga sin sustancia que lleva a generar adicciones. El trabajo en las redes y la hiperconexión suelen causar desgaste o irritabilidad al punto de llegar al “*burnout* digital” (patología que para el 2022 se incluirá en la clasificación de enfermedades de la OMS, según decisión adoptada el 25/05/2019) y ello ha llevado también a que la Comisión de Expertos

en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT se ocupe de esta modalidad de trabajo en su reciente estudio general “Promover el empleo y el trabajo decente en un panorama cambiante” (5).

Como dice Viviana Díaz (6), especialista en teletrabajo (ex coordinadora de Teletrabajo del MTEySS), sin red emocional, jurídica e informática el teletrabajo decente es muy difícil. Puede llevar al aislamiento cuando en sí solo involucra un distanciamiento, pero no debería implicar la pérdida del sentido de pertenencia y las redes vinculares.

Sobre las ventajas y las desventajas del teletrabajo se puede decir y escribir mucho. A los efectos del presente, me limitaré a enunciar entre las desventajas:

- Asunción de costos/riesgos por parte del trabajador (insumo de servicios).

- Falta de espacios, infraestructura, recursos o condiciones;— Falta de alfabetización digital, consumo de tiempo y esfuerzo en labor autodidacta o a través de tutoriales;— Pérdida del sentido de pertenencia, abandono del grupo.

- Sometimiento a liderazgos tradicionales basados en la desconfianza que genera la falta de control directo. Presión psicológica —*mobbing*—.

- Menores posibilidades de participar en programas de capacitación o de lograr ascensos (cuando existen colegas realizando igual o similar trabajo en forma presencial).

- Invasión de la esfera íntima, privada o familiar.

- Tendencia a extender las jornadas de trabajo más allá de lo que requiere el objetivo.

- Falta de medidas eficaces de prevención (análisis ergonómico del puesto de trabajo);— Falta de políticas sobre protección de datos.

(5) https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_738283.pdf.

(6) Revista IDEIDES nro. 47, mayo 2020.

- Dificultad para definir objetivos (unidad de obra).

- Obstaculización de la acción colectiva o sindical.

Entre las ventajas:

- Ahorro de tiempo y costos de traslado.

- Mayor autonomía y flexibilidad.

- Conciliación de la vida laboral con la personal y familiar.

- Reducción de las estructuras empresarias y disminución de costos fijos.

- Mayores posibilidades de inserción laboral para discapacitados, jóvenes, adultos mayores y personas con responsabilidades familiares.

- Reducción de la contaminación ambiental (menos necesidad de transporte).

VI.1. Algunas ideas para la implementación improvisada (7)

- Es una modalidad de trabajo (no un beneficio o una liberalidad); debe procurarse trabajar con la misma conciencia y compromiso que cuando se trabaja de manera presencial:

- Es necesario un previo acuerdo de partes en cuanto:

1) la provisión de los elementos esenciales; 2) la responsabilidad por la puesta en marcha del sistema según los requerimientos que el tipo de trabajo y la organización empresaria impongan (medios instrumentales); 3) la determinación de las tareas (establecer objetivos precisos y, si es posible, describirlos y mensurarlos en detalle); 4) la periodicidad en la comunicación entre

(7) Pueden consultarse para ampliar la temática los proyectos de ley presentados desde el año 2012 a la fecha, en especial el que se ha sometido a debate este año bajo el nro. de proyecto 1089-D-2020 o el identificado bajo el nro. 1172-D-2020, la ley neuquina 2861 y los trabajos de doctrina publicados por BIRGIN, Oscar — FREIDENBERG, Lelio — DÍAZ, Viviana L. — DÍAZ ALOY, Viridiana — BOIAROV, Sonia, en GARCÍA VIOR, Andrea E. (coord.), “Teletrabajo, parasubordinación y dependencia laboral”, CTDL nro. 2, Ed. Errepar, Buenos Aires, 2009.

iguales y superiores y sus vías; 5) fijar de común acuerdo horarios de desconexión obligada (ni aún a modo de adelantos o avisos deben admitirse comunicaciones durante el período de desconexión pactada); 6) generar una rutina de trabajo que permita conciliar con la vida personal y familiar para evitar la desorganización sobre la base de las necesidades y las circunstancias particulares del prestador del servicio; 7) garantizar el derecho de reversión (total y/o parcial) en todos los casos; 8) modificar los estilos de gestión y de ejercer el liderazgo; 9) pautar el modo de efectuar el análisis socioambiental y de resguardos de seguridad en el puesto de trabajo; 10) acordar normas precisas de higiene y seguridad en el trabajo permitiendo al menos el análisis ergonómico preliminar del puesto de trabajo “improvisado” de cuyo resultado ha de depender su redefinición negociada y cuyos costos en principio deberían estar a cargo del empleador; 11) definir en forma previa el sistema remuneratorio si éste se ha modulado con base en objetivos de producción; 10) establecer la plena vigencia de los derechos básicos de todo contrato de trabajo, en especial los que deriven de eventuales contingencias de vida o de salud —enfermedades inculpables, período gestacional y puerperio, licencias por fallecimiento, días de examen, etc.—; 11) de establecerse sistemas de control de horarios o métodos remunerativos asociados a la cantidad de horas de trabajo, los sistemas de registro deberían ser previamente notificados al teletrabajador.

A la angustia y la incertidumbre del momento, se añade el temor a lo nuevo. Las dificultades de obtener los medios, adecuar los espacios y establecer nuevos sistemas de trabajo sobre la base también de otras estructuras genera lógicamente en los operadores un malestar particular y una sobreexigencia que debe ser considerada por ambos sujetos de la relación si no quieren quedar condenados al fracaso. La única forma de abordar lo nuevo es abandonando lo viejo. Toda pretensión de “normalidad” en tiempo de anomalías es inútil y obstaculizante.

VI. A modo de cierre reflexivo

Tal vez esta crisis, además de permitirnos volver a nosotros y a lo nuestro —de una y mil formas—, nos permita reconstruirnos o deconstruirnos.

Un concepto que en la hora se impone es el de *resiliencia*, y de esto se ha ocupado ya la Organización Internacional del Trabajo al abordar la situación del empleo en caso de conflictos o desastres naturales.

En la recomendación 205 sobre “El empleo y el trabajo decente para la paz y la resiliencia” del año 2017 la OIT se propuso en su Preámbulo proporcionar orientaciones actualizadas sobre la contribución del empleo y el trabajo decente a la prevención, la recuperación, la paz y la resiliencia con respecto a las situaciones de crisis provocadas por los conflictos y los desastres en tanto éstos tienen un fuerte impacto en la pobreza y el desarrollo, los derechos humanos y la dignidad, el trabajo decente y las empresas sostenibles.

Definió el “desastre” como una “disrupción grave del funcionamiento de una comunidad o sociedad en cualquier escala debida a fenómenos peligrosos que interaccionan con las condiciones de exposición, vulnerabilidad y capacidad, ocasionando uno o más de los siguientes: pérdidas e impactos humanos, materiales, económicos y ambientales”.

Y la “resiliencia” como la “capacidad que tiene un sistema, una comunidad o una sociedad expuestos a una amenaza para resistir, absorber, adaptarse, transformarse y recuperarse de sus efectos de manera oportuna y eficiente, en particular mediante la preservación y la restauración de sus estructuras y funciones básicas por conducto de la gestión de riesgos”.

Sobre tal base allí se sostuvo enfáticamente la importancia de mantener los niveles de empleo y del trabajo decente para promover la paz, prevenir situaciones de crisis provocadas por los conflictos y los desastres, posibilitar la recuperación y potenciar la resiliencia, como así también la necesidad de reconocer que las crisis afectan de manera distinta a las mujeres y a los hombres, y la importancia decisiva de la igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres y las niñas para promover la paz, prevenir las crisis, posibilitar la recuperación y potenciar la resiliencia.

Tal como lo vienen sosteniendo en forma prácticamente unánime todos los especialistas

nacionales y extranjeros, ante situaciones de tal gravedad como la que ahora vivimos, la mejor vía de acceso a soluciones medianamente justas es el *diálogo social* que en mucho también podrá contribuir a la reconstrucción del sentido de solidaridad que sustenta al entramado social y a la reconciliación nacional en la medida que se advierta que de esta solo saldremos todos juntos, cuidándonos unos a otros, o nos condenaremos al fracaso.

Los gobiernos han reaccionado ante el desastre; sería bueno que la sociedad abandone la lógica del beneficio en horas tan aciagas para poder abordar decentemente el cambio que se avecina.

El planteamiento estratégico que la OIT propone es la estabilización de los medios de vida y de los ingresos, a través de medidas inmediatas para el empleo y la protección social. Entre las recomendaciones que la Organización efectúa se ubica en un lugar central la necesidad de prestar una atención especial a los hogares encabezados por una sola persona, en particular si se trata de niños y niñas, mujeres, personas con discapacidad o personas de edad. También en materia de educación y formación la OIT propugna:

a) formular o adaptar un programa nacional de enseñanza, formación, readaptación y orientación profesional que evalúe y atienda las nuevas necesidades de competencias laborales generadas por la recuperación y la reconstrucción, en consulta con las instituciones de educación y capacitación y las organizaciones de empleadores y de trabajadores, con la plena participación de todos los actores interesados, tanto públicos como privados; y

b) adaptar los programas de estudio y capacitar al personal docente y los instructores con el fin de promover, entre otras cosas: 1) la coexistencia pacífica y la reconciliación para la conso-

lidación de la paz y la resiliencia, 2) la educación y sensibilización ante el riesgo de desastres, así como la reducción y gestión de este riesgo, para la recuperación, la reconstrucción y la resiliencia, 3) coordinar los servicios de educación, formación y readaptación profesional a nivel nacional, regional y local, incluidas la enseñanza superior, el aprendizaje, la formación profesional y la capacitación empresarial, y permitir que las mujeres y los hombres cuya educación o formación se hayan impedido o interrumpido puedan emprender o reanudar y completar su educación y formación, y 4) ampliar y adaptar los programas de formación y de readaptación profesional con el fin de atender las necesidades de todas las personas cuyo empleo se haya interrumpido,

Retomando el concepto de *resiliencia*, que entiendo esencial en estas horas de inquietud, cabe recordar que dicho término, vinculado con la capacidad de la comunidad de adaptarse y obtener cierto éxito en situaciones adversas, fue desarrollado primeramente en las ciencias duras (la física y la química) y se la vinculó con la capacidad del acero para recuperar su forma inicial a pesar de los golpes que pueda recibir y a pesar de los esfuerzos que puedan hacerse para deformarlo. La palabra proviene del latín *saliere*, que se traduce como “saltar hacia atrás, rebotar, ser repelido o surgir”, antecedido por el prefijo “re”, que indica repetición o reanudación. Fue a partir de esas consideraciones que la psicología y la sociología elaboraron sus propuestas científicas en torno a esa capacidad que las personas y los pueblos pueden desarrollar ante los desastres y catástrofes naturales y que ahora se introducen a texto expreso en normas de la mayor proyección a nivel mundial.

Afrontemos pues este nuevo derecho del trabajo de emergencia y todas estas situaciones “nunca antes vistas” con resiliencia y en el marco de la buena fe que debe caracterizar las relaciones de trabajo.

Prohibición de despedir: análisis jurídico del DNU 329/2020

Julio E. Lalanne (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Los fines que persigue el DNU 329/2020.— III. Los medios para lograr esos fines: prohibición de despidos y suspensiones.— IV. Ámbito de aplicación temporal.— V. Los contratos alcanzados por la prohibición.— VI. Modos de extinción del contrato de trabajo permitidos durante el período de la veda.— VII. La invalidez de los despidos o suspensiones prohibidos.— VIII. Acciones disponibles para el trabajador víctima de un despido prohibido.— IX. Vías procesales idóneas para que el trabajador haga valer sus derechos.— X. Excepción a la prohibición de suspender: La figura del art. 223 bis, LCT.— XI. ¿Es constitucional la prohibición de despedir establecida por el DNU 329/2020?

I. Introducción

La prohibición de despedir impuesta por el Decreto de Necesidad y Urgencia 329/2020 (en adelante, “DNU 329/2020”), luego prórrogado por DNU 487/2020, es la mayor restricción de las facultades empresarias dispuesta en las últimas décadas. El propósito de este artículo es realizar el análisis jurídico del DNU 329/2020. La palabra “análisis”, según el Diccionario de la Real Academia Española, significa: “Distinción y separación de las partes de algo para conocer su composición”, y, también: “Estudio detallado de algo”. Esto es, exactamente, lo que nos proponemos hacer en este trabajo: estudiar, por separado, los diversos aspectos del DNU 329/2020, con la finalidad de brindar una explicación lo más clara posible de su contenido, alcances y consecuencias jurídicas.

II. Los fines que persigue el DNU 329/2020

El Código Civil y Comercial de la Nación establece, desde su mismo inicio, ciertos principios generales que gobiernan la aplicación e interpretación de las normas jurídicas. Los arts. 1º

y 2º dicen que una de estas reglas generales que deben guiar la correcta comprensión de una norma jurídica consiste en tomar en cuenta “la finalidad de la norma” (1). Se trata del *principio teleológico* reiteradamente aplicado por nuestra Corte Suprema (2). La regla es por demás plausible si tenemos en cuenta que toda norma jurídica, en definitiva, establece en forma imperativa ciertas medidas o modelos de conducta con la aspiración de que resulten medios aptos para la obtención de determinados fines. Por lo tanto, el primer aspecto de la norma bajo análisis que conviene considerar son sus fines.

(1) Cód. Civ. y Com., art. 1º.— “Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en lo que la República sea parte. A tal efecto se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. [...]”. Art. 2º.— “Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, [...]”.

(2) La Corte Suprema de Justicia ha dicho sobre esta pauta que “la interpretación de las leyes debe practicarse teniendo en cuenta el contexto general y los fines que las informan (CS, Fallos: 285:322), ya que la labor del intérprete debe ajustarse a un examen atento y profundo de sus términos que consulte la racionalidad del precepto y la voluntad del legislador, extremos que no deben ser obviados por las posibles imperfecciones técnicas de la instrumentación legal, precisamente para evitar la frustración de los objetivos de la norma” (CS, Fallos: 310:1393).

(*) Abogado. Doctor en Ciencias Jurídicas y Profesor Adjunto de Derecho del Trabajo y Seguridad Social en las carreras de grado y posgrado de la Facultad de Derecho de la UCA. Director del posgrado “Práctica en Derecho del Trabajo” de la UCA.

Los fines del DNU 329/2020 están expresamente consignados en sus considerandos y son los siguientes:

1. Garantizar la conservación de los puestos de trabajo.
2. Resguardar la seguridad de los ingresos de los trabajadores.
3. Evitar el desempleo.
4. Preservar la paz social.

III. Los medios para lograr esos fines: prohibición de despidos y suspensiones

Ahora bien, ¿Cómo aspira a lograr esos fines el Poder Ejecutivo Nacional, autor del DNU 329/2020? Por medio del incremento de la intensidad de la protección contra el despido arbitrario. Es que la protección laboral, en cualesquiera de sus formas, admite grados; lo cual implica que esa protección puede ser más o menos intensa, puede tener mayor o menor alcance. En este orden de ideas, lo que ha hecho el DNU 329/2020 no es otra cosa que establecer, temporalmente, la protección más intensa posible contra el despido arbitrario, es decir, ha impuesto un *régimen de estabilidad propia transitorio en el empleo privado* similar, por ejemplo, a aquel del que gozan los empleados públicos.

En efecto, el DNU 329/2020 prohíbe ciertos actos jurídicos que, de conformidad con la Ley de Contrato de Trabajo (ley 20.744, t.o. dec. 390/1976, en adelante, “LCT”) todo empleador, en principio, está habilitado a realizar. Concretamente, el DNU 329/2020 prohíbe:

1. *Los despidos sin justa causa*: es decir, los despidos llamados *arbitrarios*, porque obedecen al solo arbitrio del empleador y no a una causa que legitime la desvinculación, regulados por el art. 245 de la “Ley de Contrato de Trabajo” (de aquí en más: LCT).

2. *Los despidos con causa falsa o inexistente*: corresponde también considerar comprendidos dentro de la prohibición aquellos despidos dispuestos sobre la base de causas inexistentes o insuficientes para justificar la ruptura del contrato.

3. *Los despidos por causa de fuerza mayor o por falta o disminución de trabajo no imputable al empleador* (conf. art. 247, LCT): motivados en disminución de ingresos o ventas, es decir, los típicos despidos que se estaban produciendo como consecuencia de la pandemia y que permiten al empleador pagar el 50% de la indemnización completa por despido sin justa causa (la del art. 245, LCT)

4. *Las suspensiones por fuerza mayor o falta o disminución de trabajo*: por las que se interrumpe la prestación de servicios de los trabajadores y el pago de sueldos (debido, también, a circunstancias extraordinarias que impiden otorgar tareas), o que lo tornan gravemente antieconómico, innecesario y carente de sentido (conf. arts. 219 y 221, LCT).

En suma: el Poder Ejecutivo restringió, durante 60 días, facultades que la Ley de Contrato de Trabajo concede a todo empleador que atraviesa una crisis económica —como la que sufren muchísimas empresas actualmente—, con el propósito explícito de “resguardar la seguridad de los ingresos” y de “conservar los puestos de trabajo”, según los fines que menciona la exposición de motivos del DNU 329/2020.

IV. Ámbito de aplicación temporal

Los despidos y suspensiones indicados se prohíben “por el plazo de sesenta [60] días contados a partir de la fecha de publicación del presente decreto en el Boletín Oficial” (arts. 2º y 3º del DNU 329/2020), es decir, a partir de las 0.00 hs. del viernes 31 de marzo y hasta las 24.00 hs. del viernes 29 de mayo de 2020, plazo que luego fue prorrogado por 60 días más por DNU 487/2020.

V. Los contratos alcanzados por la prohibición

Uno de los aspectos relevantes del DNU 329/2020 que merece ser analizado es la identificación de los contratos que están comprendidos dentro de la prohibición.

En primer lugar, claro está, los despidos de empleados cuya relación laboral sea el fruto de un contrato de trabajo por tiempo indetermina-

do. Esto es evidente y no plantea ningún problema de interpretación.

Empero, en segundo término, aparece la primera cuestión controvertida: ¿están alcanzados por la prohibición los despidos durante el período de prueba? Como se sabe, durante los primeros tres meses de vigencia del contrato de trabajo el trabajador no goza de la protección contra el despido arbitrario (conf. art. 14 bis de la CN), sino que puede ser despedido “sin expresión de causa” y, nótese bien, “sin derecho a indemnización con motivo de la extinción”, según lo establece el art. 92 bis de la LCT. La respuesta negativa a la pregunta podría fundarse en el tenor literal del art. 92 bis, que no utiliza la palabra “despido” sino que dice que “cualquiera de las partes podrá extinguir la relación” durante ese lapso. Empero, por otra parte, también se podría resolver la cuestión en sentido inverso sobre la base de la regla de hermenéutica que dice *ubi lex non distinguit, nec non distinguere debemus* —donde la ley no distingue, no corresponde hacer distinciones—; y lo cierto es que el art. 2º del DNU 329/2020 prohíbe “los despidos sin justa causa” sin más, es decir, sin hacer distinción alguna.

La solución más razonable, a nuestro modo de ver, la proporciona el ya citado principio teleológico según el cual toda norma debe ser interpretada en el sentido que mejor responda a la realización de sus fines. De acuerdo con este criterio, parece claro que si el DNU 329/2020 apunta a evitar el desempleo, preservar las fuentes de trabajo y garantizar los ingresos de los sectores asalariados, el mejor modo de hacer realidad esos propósitos es evitar, también, los despidos en período de prueba. Pero, además, se arriba a igual conclusión, por aplicación de la regla *in dubio pro operario* establecida por el art. 9º de la LCT y por aplicación del principio protectorio, fundamento y razón de ser del Derecho del Trabajo (conf. art. 14 bis, CN). Por lo tanto, en nuestra opinión, los despidos del personal que está en período de prueba también están prohibidos.

VI. Modos de extinción del contrato de trabajo permitidos durante el período de la veda

El título XII de la Ley de Contrato de Trabajo se llama “De la extinción del contrato de traba-

jo” y prevé distintos modos de terminación del vínculo laboral. Dentro de lo que podríamos llamar el “género” denominado “Modos de extinción del contrato de trabajo” hay, consecuentemente, diversas “especies” de extinción. El DNU 329/2020 impide algunas, pero no todas. En efecto, tal como ha sido dicho, el decreto prohíbe temporalmente: (i) el despido dispuesto *unilateralmente* por el empleador, *sin expresión de causa* (lo cual incluye, los despidos cuya expresión de causa es oscura, ambigua o cuando resulta ser inexistente o falsa, o desproporcionada, según lo tiene dicho la jurisprudencia); (ii) el despido que obedece a razones económicas (fuerza mayor o falta o merma de trabajo). Sin embargo, mantiene vigencia otras especies dentro del género “extinción del contrato”, a saber: renuncia del trabajador, mutuo acuerdo de las partes, vencimiento del plazo del contrato a plazo fijo, extinción por quiebra del empleador, jubilación del trabajador, incapacidad del trabajador. Todas estas formas de terminación de una relación laboral siguen vigentes.

Entre los modos de extinción que conservan validez y eficacia jurídica, interesa detenerse en los siguientes:

Despido indirecto producido por el trabajador: sigue vigente la posibilidad de que el trabajador invoque una injuria, en los términos previstos por el art. 242, LCT, para colocarse en situación de despido indirecto y reclamar, consecuentemente, la doble indemnización. Esto no está prohibido y, en rigor de verdad, ningún trabajador está obligado a tolerar incumplimientos graves perpetrados por el empleador que, tal como lo indica la norma citada, “no consientan la prosecución de la relación”. Resulta aplicable a estos supuestos la doctrina judicial establecida por la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, en el Fallo Plenario 310, del 01/03/2006, que estableció la procedencia de la duplicación de indemnizaciones en los casos de despido indirecto.

Despidos con justa causa legítima: por supuesto, si fuera el trabajador quien incurriera en un grave incumplimiento de sus obligaciones laborales (conf. art. 242, LCT, ya citado), podría ser pasible de un despido que algunos llaman “disciplinario”, es decir, el despido como sanción frente a una injuria laboral. Hemos adjetivado

con la palabra “legítima” esta modalidad de extinción para distinguirla de la utilización de una supuesta justa causa, que luego resulte falsa, inexistente o insuficiente, en el probable juicio posterior.

Extinción por mutuo acuerdo de las partes: se trata de la figura contemplada en el art. 241 de la LCT; y es una vía apta para extinguir el vínculo laboral que permanece abierta para aquellos empleadores que indefectiblemente se vean obligados a reducir personal. De hecho, esta modalidad de terminación del contrato de trabajo ha sido muy utilizada para instrumentar los así llamados “retiros voluntarios”, que no son otra cosa que una renuncia negociada, contra el pago de alguna suma de dinero en concepto de gratificación por parte del empleador. En la medida en que el consentimiento del trabajador no esté viciado y, sobre todo, si el acuerdo se celebra con la intervención de la autoridad administrativa laboral y se pide su homologación, creemos que es una opción válida y eficaz para extinguir relaciones laborales en estos tiempos de veda.

VII. La invalidez de los despidos o suspensiones prohibidos

El art. 4º del DNU 329/2020 dice que los despidos y suspensiones que se dispongan en violación de la prohibición establecida en la propia norma “no producirán efecto alguno, manteniéndose vigentes las relaciones laborales existentes y sus condiciones actuales”. Por lo tanto, en el caso de que el empleador intentare producir actos jurídicos prohibidos por el decreto, estos serían nulos (conf. art. 382, Cód. Civ. y Com.), ineficaces y, consecuentemente, carentes de efectos jurídicos. La mención del decreto al “mantenimiento de las relaciones laborales vigentes” hace referencia, evidentemente, al supuesto de los despidos y no a las suspensiones. En el caso de las suspensiones el efecto jurídico de su nulidad es habilitar al trabajador a percibir las remuneraciones por todo el período de suspensión.

VIII. Acciones disponibles para el trabajador víctima de un despido prohibido

Ahora bien, supongamos que un trabajador está en su casa, cumpliendo con el aislamiento

social obligatorio y recibe una carta documento de su empleador que dice: “Queda despedido sin justa causa en los términos del art. 245, LCT” o “Queda despedido por fuerza mayor conforme art. 247, LCT”. ¿Qué puede hacer? Se le presentan dos opciones:

Despido prohibido consentido por el trabajador: el trabajador, víctima de un despido sin justa causa, o por fuerza mayor, prohibido por el DNU 329/2020, tiene la facultad de consentir la extinción del contrato, en cuyo caso podrá reclamar no solo las indemnizaciones de los arts. 232, 233 y 245 de la LCT sino también la duplicación de estos rubros en los términos previstos por el DNU 34/2019 (prorrogado por DNU 528/2020). Es de notar que este último decreto permanece vigente y se superpone, parcialmente, al DNU 329/2020, en cuanto se aplica en estos casos. Esta opción que le asiste al trabajador —y de ningún modo al empleador, vale la pena aclararlo— es una aplicación del principio general del derecho expresado en el brocardico *qui potest maius, etiam potest minus*: quien puede lo más, también puede lo menos. El aludido principio “consiste, entonces, en tener por ordenado o permitido, de manera implícita, que se haga algo menor —de rango inferior— de lo que está ordenado o permitido expresamente por la ley. Quien puede lo más, puede lo menos” (3). Este principio ha sido receptado en nuestro derecho por la teoría de las nulidades y está previsto en el art. 388 del Cód. Civ. y Com., en cuanto señala que la nulidad relativa de un acto jurídico “puede sanearse por la confirmación del acto”. Por aplicación de esta norma al caso del despido prohibido, el trabajador tiene la facultad de pedir la invalidez del despido y su reinstalación, pero también puede confirmar la nulidad, es decir, convalidar la extinción, pero en ese caso será siempre un despido injustificado, y ello habilita al trabajador a reclamar la doble indemnización, vigente desde diciembre de 2019.

Despido prohibido impugnado por el trabajador: la otra alternativa consiste en impugnar judicialmente el despido en virtud de su nulidad. La nulidad debe ser articulada por vía de acción judicial (conf. art. 383, Cód. Civ. y Com.), cuyo objeto debería ser no tan solo la declaración de

(3) JAÑEZ BARRIO, Tarsicio, “Lógica Jurídica”, Ed. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1999, p. 468.

invalidez del despido prohibido sino también la reinstalación del actor en su puesto de trabajo, con más los salarios caídos durante la tramitación del proceso judicial, ya que su despido es un acto jurídico ineficaz, de conformidad con lo previsto en el DNU 329/2020, en concordancia con lo normado por el art. 382, Cód. Civ. y Com.

IX. Vías procesales idóneas para que el trabajador haga valer sus derechos

En ambos casos, el trabajador necesitará recurrir a un abogado y plantear el reclamo judicialmente, pues es de prever que un empleador que viola la prohibición de despedir no tendrá voluntad de pagar espontáneamente la duplicación de las indemnizaciones por despido —primera opción considerada en el acápite anterior— y mucho menos accederá voluntariamente a reponer al trabajador despedido en su puesto de trabajo —la segunda opción analizada más arriba—. Veamos, entonces, las vías procesales a las que deberá recurrir en cada uno de estos supuestos:

Acción de cobro de indemnizaciones: la acción destinada al cobro de los rubros indemnizatorios derivados del despido prohibido, con más la duplicación establecida por el DNU 34/2019, tramita por un proceso ordinario. En la Capital Federal será necesario iniciar la conciliación laboral obligatoria previa por ante el Servicio de Conciliación Laboral Obligatoria (SeCLO), dependiente del Ministerio de Trabajo, para, una vez agotada la etapa administrativa de conciliación, iniciar la demanda judicial. Y en estos casos no parece posible lograr la habilitación de fería. En aquellos supuestos en los que no estén controvertidas las condiciones de trabajo (fecha de ingreso, sueldo mensual, jornada laboral) el juicio es susceptible de ser resuelto como una cuestión de puro derecho, lo cual abreviaría los plazos.

Acción de nulidad del despido y reinstalación: puede ser planteada a través de los llamados “procesos urgentes”: la acción de amparo, el proceso sumarísimo —y, en ambos casos, acompañados de una medida cautelar— o bien una cautelar autónoma o una medida autosatisfactiva, según cuáles fueren las herramientas procesales expeditas que brinde la legislación procesal de cada jurisdicción. Cualquiera de es-

tas acciones judiciales justifica la habilitación de la fería judicial.

X. Excepción a la prohibición de suspender: La figura del art. 223 bis, LCT

El art. 3º del DNU 329/2020 dice, textualmente: “Quedan exceptuadas de esta prohibición las suspensiones efectuadas en los términos del art. 223 de la Ley de Contrato de Trabajo”.

Esto significa que el Poder Ejecutivo, luego de cerrar todas las “puertas” habilitadas por la ley para despedir o suspender por razones económicas, abre una “ventana”, es decir, reconduce a los empresarios hacia una sola vía para atravesar la crisis. El único camino que deja abierto es la utilización de la figura del art. 223 bis de la LCT. ¿En qué consiste? En verdad, es una suspensión de la prestación laboral que también tiene su origen en la disminución de trabajo o en la fuerza mayor como las que prohíbe el mismo decreto, pero con una diferencia sustancial: no es una suspensión dispuesta *unilateralmente* por el empleador sino una suspensión *concertada* entre las partes del contrato de trabajo, algo así como una “suspensión por mutuo acuerdo”. En efecto, el art. 223 bis prevé un acuerdo en virtud del cual el empleador accede a pagar una suma de dinero al dependiente en compensación por la suspensión, suma que, lógicamente, ha de ser, por lo general, inferior al salario que se devengaría durante la suspensión. El art. 223 bis dice que las sumas que el empresario convenga en pagar al trabajador, a pesar de no obtener contraprestación laboral alguna, no son remuneración y, por lo tanto, no devengan cargas sociales, con la única excepción de las contribuciones destinadas al sistema nacional de obras sociales (establecidas en las leyes 23.660 y 23.661). La norma agrega, y esto es relevante, que todo esto debe ser producto de “pactos individuales o colectivos” homologados por la autoridad de aplicación.

Hay una expresión en los considerandos a la que conviene prestar atención para comprender el espíritu o la *ratio legis* del DNU 329/2020. Dice allí que “solo será posible preservar la paz social”; que es uno de los fines de la norma, como ha sido visto, “si se transita la emergencia con un Diálogo Social en todos los niveles y no con medidas unilaterales”. Por eso, el go-

bierno promueve, casi como única vía jurídica para paliar la crisis, la negociación, tanto a nivel individual como colectivo, a fin de arribar, de común acuerdo, a pactos por los cuales se acuerde la suspensión del trabajo contra el pago de alguna suma no remunerativa. Simultáneamente, cierra toda posibilidad de que haya despidos o suspensiones por razones económicas, porque son, claro está, “medidas unilaterales” del empleador. El Poder Ejecutivo quiere promover, como vía principal para lograr los fines a los que se ordena la norma, que la suspensión sea el resultado de una *transacción*, negocio jurídico que, como se sabe, implica siempre concesiones recíprocas; es decir, un acuerdo al cual se arriba solo en la medida en cada una de las partes acepta ceder algo para componer la disputa. Adviértase que el Estado nacional también cede algo, porque acepta no percibir los aportes y contribuciones de la seguridad social que gravan las remuneraciones —salvo los que financian las obras sociales—; y que no deberán pagarse, porque la suma que el empleador pagará, de acuerdo con el tenor literal del art. 223 bis, LCT, es “una prestación no remunerativa”.

Esos acuerdos, conforme lo indica el art. 223 bis, deben ser “homologados por la autoridad de aplicación” en los términos del art. 15 de la LCT que, en el ámbito nacional, es el Ministerio de Trabajo. Lo cual permite, por añadidura, al Poder Ejecutivo controlar y vigilar estos acuerdos. Nada impide que un acuerdo de este tipo sea presentado ante la Justicia para su homologación. La falta de homologación deja abierta la posibilidad de reclamos posteriores.

En este orden de ideas ratificamos lo dicho más arriba en el sentido de que los retiros voluntarios o renunciaciones negociadas, susceptibles de ser instrumentados por medio acuerdos celebrados en los términos del art. 241 de la LCT, también se ajustan a la *ratio legis* del DNU 329/2020 y, por lo tanto, constituyen una alternativa válida en estas circunstancias de crisis.

La salida que estimula el gobierno podría ser ventajosa para el empresario que sufre las consecuencias económicas de la pandemia: porque, de una parte, evita los despidos y, por ende, genera un ahorro en términos de indemnizaciones actualmente duplicadas (las cuales,

en el caso de trabajadores con mucha antigüedad pueden ser cuantiosas); y, de otra, permite retener personal —muchas veces especializado— contra el pago de una suma de dinero que podría ser aproximadamente un tercio de la que pagaría normalmente —computando sueldos y cargas sociales— y, sobre la base de este esquema, aguardar un tiempo hasta la normalización que, tarde o temprano, llegará.

XI. ¿Es constitucional la prohibición de despedir establecida por el DNU 329/2020?

Este es, sin lugar a duda, el aspecto del decreto que generará más debate y ello por las siguientes razones. De una parte, el DNU 329/2020 restringe temporalmente el poder discrecional que la LCT le confiere al empresario para poner fin a la relación laboral; poder que, según lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “es imprescindible reconocer a los empleadores en lo concerniente a la integración de su personal” so pena de “menoscabar la garantía del art. 14 de la CN que consagra la libertad de comercio e industria” (4). Sin embargo, de otra parte, es menester recordar que esa garantía constitucional, como cualquier otra, es susceptible de ser sometida a las exigencias de normas reglamentarias en los términos previstos por el art. 14 de la Carta Magna. El art. 17 repite en dos ocasiones que los derechos que reconoce pueden ser limitados por la ley y el art. 19 fija como límite a la autonomía individual “el orden y la moral pública”.

El tema, como se ve, es harto controvertido y no consiente una respuesta en abstracto. Además, merecería un tratamiento que excede la economía de este breve estudio. Con esos matices, consigno mi opinión: creo que, en principio, el decreto supera el test de constitucionalidad establecido por la jurisprudencia de la Corte Suprema en diversos precedentes recaídos en casos análogos (5), porque:

(4) CS, 04/09/1984, “Figuerola, Oscar F. c. Loma Negra SA”, DT 1984-B, 1809.

(5) CS, “Peralta, Luis y otros c. Estado Nacional”, LA LEY, 1991-C, 158; id., “Verrochi, Ezio Daniel c. Poder Ejecutivo Nacional - Administración Nacional de Aduanas”, CS, Fallos: 322:1726, 1999; id., “Provincia de San Luis c. Estado Nacional”, CS, Fallos: 326:417; id., “Consumidores Argentinos c. EN - PEN”, CS, Fallos: 333:633, 2010; id.

a) es incontrovertible que estamos viviendo una emergencia de características únicas, inéditas y excepcionales;

b) el decreto persigue fines legítimos: evitar despidos masivos originados en la pandemia, que ya estaban comenzando a producirse al momento del dictado del DNU 329/2020, y que implican no tan solo la pérdida de puestos de trabajo sino también, por obvia consecuencia, de la remuneración, la cobertura médica y los restantes beneficios laborales que protegen a numerosas personas que trabajan en relación de dependencia. El otro fin, mencionado expresamente en la exposición de motivos, es preservar la paz social, componente indudable del “bienestar general” del que habla el Preámbulo de la Constitución Nacional. Y es otro fin razonable, pues la pérdida de estos beneficios es susceptible de traer aparejadas situaciones sociales deletéreas, tales como: aumento de la pobreza e indigencia, incremento de la prostitución y de la delincuencia, protestas sociales y, en definitiva, conflictos y caos social;

c) los medios para obtener esos fines lucen razonables y guardan proporción con los fines perseguidos: es evidente que la estabilidad propia transitoria que establece el decreto es un medio idóneo para preservar los puestos de trabajo; y

d) la restricción de las garantías constitucionales que amparan a los empleadores es tempo-

28/06/2011, “Aceval Pollacchi, Julio César c. Compañía de Radiocomunicaciones Móviles SA”, entre otros.

ral y limitada en el tiempo (60 días). Y esto me parece crucial en este análisis, pues la conclusión podría ser distinta en la hipótesis de una prolongación de las muy severas limitaciones que impone el DNU 329/2020.

Sobre la base de fundamentos análogos, la sala integrada de feria de la Cámara Criminal y Correccional, en el fallo “Kingston, Patricio s/ hábeas corpus”, entendió que el DNU 297/2020 era constitucionalmente válido, en el único pronunciamiento judicial conocido hasta ahora en donde se debatía la constitucionalidad de los decretos de necesidad y urgencia que regularon la emergencia del COVID-19 (6). Para pronunciarse a favor de la validez de ese decreto, la Cámara Criminal consideró que: la norma impugnada persigue fines legítimos, y lo hace utilizando medios razonables y proporcionados a los fines buscados. Además, valoró especialmente que “el Poder Ejecutivo Nacional remitió el decreto a consideración del Congreso de la Nación para su tratamiento por parte de la Comisión respectiva”, recaudo que también cumplió el Gobierno con respecto al DNU 329/2020. Si bien el decreto impugnado era otro (DNU 297/2020) y la cuestión controvertida no era de índole laboral, entendemos que ese fallo constituye un antecedente relevante que, por analogía, refuerza la tesis de la constitucionalidad del DNU 329/2020.

(6) CCrim. y Correc., sala integrada, marzo 2020, sent. interloc. 14/143, expte. 19.200/2020, “Kingston Patricio s/ hábeas corpus” (voto de los Dres. Rodolfo Pociello Argerich y Ricardo Matías Pinto), AR/JUR/3147/2020.

El período de prueba y la prohibición de despedir

Agustín Meilan (*)

Sumario: I. Los fundamentos del DNU 329/2020.— II. Los fundamentos del art. 92 bis, LCT.— III. El DNU 329/2020 no deroga el período de prueba.— IV. La posible respuesta de los Tribunales del Trabajo.

I. Los fundamentos del DNU 329/2020

Las razones esgrimidas por el Poder Ejecutivo Nacional para prohibir transitoriamente los despidos surgen de sus considerandos y pueden sintetizarse, a los fines de este comentario, de la siguiente forma, luego prorrogado por DNU 487/2020:

(i) Protección específica al trabajo en sus diversas formas, asegurada por el art. 14 bis, CN, y, *en tal coyuntura, indispensable preservación de los puestos de trabajo.*

(ii) Referencia a una *crisis excepcional* que conlleva la necesidad de adoptar *medidas también excepcionales*, asegurando a los trabajadores que esta situación de emergencia no les hará perder sus puestos de trabajo.

(iii) *Preservar la paz social*, a cuyo fin corresponde adoptar *medidas transitorias, proporcionadas y razonables*, con el fin de *garantizar* el derecho a tener la *oportunidad de ganarse la vida mediante su trabajo.*

(iv) Referencia al documento emanado de la Organización Internacional del Trabajo titulado “Las normas de la OIT y el COVID-19 (coronavirus)”, que traduce la necesidad de que los gobiernos implementen medidas dirigidas a paliar los efectos nocivos en el mundo del trabajo, en particular en lo referido a la *conservación de los puestos de labor.*

(v) Necesidad de habilitar mecanismos que resguarden la *seguridad de los ingresos* de los trabajadores.

II. Los fundamentos del art. 92 bis, LCT

En cuanto a la *ratio legis* del período de prueba, de los Mensajes de Elevación de las diferentes leyes que lo regularon (sucesivamente, leyes 24.465, 25.013, 25.250 y 25.877) y de la opinión de la doctrina en general se ha derivado que se trata de un lapso de tiempo durante el cual el empleador puede evaluar si el trabajador cumple con las expectativas de desempeño acorde a la función asignada, para, en su caso, extinguir el vínculo sin deber de expresar causa y sin consecuencia indemnizatoria.

En esta línea, Jorgelina Alimenti sostuvo que “no debería tratarse de otra cosa que una etapa de prueba y celebramos la posibilidad de que un instituto como éste se incorporara a la legislación estatal y hasta postulamos las posibles implicancias y desarrollos que esa evaluación podría tener en orden a sus contenidos, alcances y controles” (1).

En tanto que, en el derecho comparado, Pérez Botija explicó que “el período de prueba serviría para dar la oportunidad de conocer la capacidad profesional, así como las posibilidades de rendimiento del trabajador, su psicología y su espíritu de laboriosidad” (2).

(1) ALIMENTI, Jorgelina, “El período de prueba en el contrato de trabajo”, DT 1996-2983 y ss.

(2) PÉREZ BOTIJA, Eugenio, “Curso de derecho del trabajo”, Ed. Tecnos, Madrid, 1948, ps. 141 y ss.

(*) Abogado (UBA). Especialista en Derecho del Trabajo (UCA). Profesor Adjunto de Derecho Laboral y de la Seguridad Social de la Universidad Torcuato Di Tella.

Sin perjuicio de las críticas formuladas por diversos autores al período de prueba, al que se ha considerado como un mero instrumento para flexibilizar el despido de trabajadores de escasa antigüedad (3), no es menos cierto que el art. 92 bis es una norma vigente de nuestro derecho positivo y, como tal, resulta válida en tanto no se la reputa inconstitucional.

III. El DNU 329/2020 no deroga el período de prueba

III.1. Como premisa inicial, entiendo que no es posible predicar, en abstracto, que toda extinción de un contrato de trabajo sin expresión de causa implica una franca transgresión a la barrera impuesta por el DNU 329/2020.

Así, deben quedar a salvo de la prohibición todos aquellos contratos cuya vigencia estuviera sujeta a una pauta temporal, tales como las modalidades contractuales de plazo fijo o eventual. En estos supuestos no había expectativa de continuidad al momento de dictada la medida de emergencia. Y, con misma lógica, tampoco se modifica la *causa* de la contratación original, mientras dure el plazo de veda.

III.2. En lo que respecta al período de prueba, éste no ha sido expresamente derogado, con lo cual no cabe presumir su abrogación a partir de una norma general dictada en un contexto de emergencia. Pensar lo contrario —esto es, que, como “donde la ley no distingue no debemos distinguir”, el período de prueba ha perdido virtualidad— no brinda adecuada respuesta

(3) En una línea de pensamiento puede verse la opinión de LITTERIO, quien afirma que “se trata del lapso durante el cual el empleador puede constatar la habilidad, destreza y otras cualidades del trabajador y éste, a su vez, puede experimentar las ventajas e inconvenientes del puesto” [LITTERIO, Liliana H., en RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge (dir.), “Curso de derecho del trabajo y de la seguridad social”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2000, 4a ed., p. 184]. En la vereda opuesta, se ha considerado que el período de prueba “es más parecido a un período de carencia, cuyo transcurso es necesario para que puedan encontrar aplicación en plenitud las normas de protección que corresponden a un contrato de trabajo de tiempo indeterminado” (ETALA, Carlos A., “Contrato de trabajo”, Ed. Astrea, p. 206, reiterando el concepto en “El período de prueba en la ley 25.877”, Revista de Derecho Laboral, Ed. LexisNexis, p. 483).

al caso de los contratos sujetos a plazo cierto o incierto.

III.3. Asimismo, una norma de inferior jerarquía que instaura un régimen transitorio de estabilidad, orientada a mitigar las consecuencias de una crisis sanitaria, no podría doblegar un derecho derivado de una ley anterior y especial —art. 92 bis, LCT— que es la reglamentación razonable de normas fundamentales como la “libertad de contratar” y “ejercer toda industria lícita” (art. 14, CN).

En este sentido, cabe preguntarse si los fines perseguidos por el decreto presidencial —“paz social”, “preservación de los puestos de trabajo” y “seguridad en los ingresos”— justifican la afectación del derecho a disponer la extinción de un contrato de trabajo dentro del período de prueba.

Ello conduce a efectuar el test de proporcionalidad al que se ha referido la Corte Federal en reiterados pronunciamientos (4), examen que, llevado al caso concreto, me persuade de que dejar sin efecto el derecho de extinguir el contrato de trabajo en su tramo inicial afecta el contenido esencial del derecho de ejercer toda industria lícita.

III.4. Finalmente, como argumento adicional, cabe considerar el *conocimiento anticipado* que ambas partes tenían sobre esta *inestabilidad* transitoria propia del período de prueba, donde la permanencia de “los ingresos” (en los términos del DNU) queda algo relativizada, y la vida del contrato de trabajo, supeditada al arbitrio de ambas partes.

IV. La posible respuesta de los Tribunales del Trabajo

En consonancia con otros supuestos donde se ha verificado una colisión de derechos —por ejemplo, el despido de la trabajadora emba-

(4) “Peralta, Luis y otros c/ Estado Nacional”, LA LEY, 1991-C, 158; CS, “Verrochi, Ezio Daniel c. Poder Ejecutivo Nacional - Administración Nacional de Aduanas”, Fallos 322:1726, 1999; CS, “Provincia de San Luis c. Estado Nacional”, Fallos 326:417; CS, “Consumidores Argentinos c/ EN - PEN”, Fallos 333:633, 2010; CS, 28/06/2011, “Aceval Pollacchi, Julio César c. Compañía de Radiocomunicaciones Móviles SA”, entre otros.

razada en período de prueba (5)—, es factible que los jueces, en lugar de dar preponderancia al bien jurídico tutelado por una u otra disposición, de modo tal que uno quede indefectiblemente anulado, decida ingresar “al interior” del caso concreto, indagando la real motivación del empleador detrás del despido.

De esta manera, podría analizarse si el despido fue un genuino caso de disconformidad con el desempeño del empleado o si, por el contrario, se utilizó el período de prueba como mero pretexto para desprenderse de un trabajador potencialmente “caro” para la organización, teniendo en cuenta el particular contexto de crisis.

Con este esquema, lo que se estaría provocando en los hechos es exigir al empleador, atendiendo a la coyuntura, el aporte de alguna razón objetiva que desvirtúe una suerte de presunción *hominis* acerca de que el despido del trabajador no atendió a su falta de aptitud, sino que, antes

(5) En autos “M. B. N. c/ De la Vega, Tomás s/ despido”, se dispuso que “la demandada no logró demostrar que el despido haya tenido causas reales absolutamente extrañas a la discriminación por el embarazo de la empleada, así como que aquéllas hayan sido de entidad suficiente para motivar la ruptura contractual, de manera tal que puedan explicar objetiva, razonable y proporcionadamente por sí mismas la decisión extintiva, eliminando toda sospecha de que la misma ocultó la lesión del derecho fundamental de la trabajadora” (el destacado me pertenece) (CNTrab., sala IV, Boletín Temático de la CN-Trab., www.pjn.gov.ar).

bien, fue una deliberada forma de “sortear” la prohibición de deshacerse de él (6).

En cualquier caso, y sin perjuicio de haber sentado mi posición en el apartado anterior, lo trascendente será que no predominen las soluciones dogmáticas, sino que se ponderen adecuadamente las conductas de las partes, vinculándolas causalmente con el presupuesto de hecho de la norma que se entienda aplicable (7).

En este camino, difícilmente podrá predicarse la incompetencia del trabajador durante el período de prueba cuando éste no concurra al establecimiento por no desempeñar una actividad “esencial” o cuando no sea posible el “trabajo remoto”, circunstancias en las cuales la evaluación de sus capacidades no será materialmente posible.

(6) Algo similar ocurre con los llamados “despidos discriminatorios”, a partir de los cuales se ha establecido la doctrina judicial según la cual quien califique como discriminatorio un despido por lesionar un derecho fundamental debe aportar indicios suficientes en tal sentido, desplazando así las reglas tradicionales de las cargas probatorias. Al respecto, pueden verse numerosos fallos del Máximo Tribunal, desde “Fernández, Estrella c. Sanatorio Güemes SA”, del 23/08/1988, hasta el reciente “Varela, José Gilberto c. Disco SA”, del 04/09/2018 (el destacado me pertenece).

(7) El anterior Código de Vélez Sarsfield (arts. 901 y 906) así como el actual Código Civil y Comercial estructuran el nexo causal a partir del concepto de causalidad adecuada, este último en sus arts. 1726 y 1736.

La entrega “esencial” de productos a domicilio por parte de trabajadores plataforma-dependientes durante la pandemia del coronavirus

Liliana H. Litterio (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Algunas de las normas resultantes de la situación de emergencia relacionadas con los trabajadores “a pedido”.— III. La necesidad de activar protocolos locales.— IV. Reflexión.

I. Introducción

El presente constituye el tercer artículo que calificamos “de emergencia” y escribimos para esta publicación sobre el tema relativo a los trabajadores “a pedido” a través de aplicaciones de entrega de mercaderías a domicilio, durante la actual pandemia.

Estamos viviendo circunstancias extraordinarias derivadas del “reinado” del coronavirus. Todos lo sabemos.

La situación que acucia tanto a nivel nacional como mundial origina la adopción de una serie de temperamentos, unos cuantos de los cuales en épocas “normales” seguramente no se hubieran asumido.

Uno de ellos es, precisamente, el reconocimiento en la Argentina del carácter esencial de la entrega “a pedido” de productos a domicilio a través de plataformas informáticas.

Se trata, pues, de actividades físicas o servicios que se realizan localmente y que la Comisión Mundial para el Futuro del Trabajo, creada por la OIT en agosto de 2017, calificó precisamente como “trabajo a pedido a través de aplicaciones” o *work on demand via apps* (1). Y, verdaderamente, en estos tiempos esta actividad es esencial, hay que reconocerlo.

Es que, sin duda, los trabajadores bajo demanda a través de aplicaciones digitales se han convertido en esenciales para una sociedad cuyos integrantes tienen que resguardarse del virus adentro de sus casas.

Algunos de los habitantes de la comunidad están enfermos y otros, aunque no lo estén, por diversos motivos no pueden salir a la calle porque es inconveniente para su salud que lo hagan.

(*) Abogada graduada con diploma de honor (UCA); doctora en Derecho (UBA); profesora de la maestría en Derecho del Trabajo (UBA); profesora de las especializaciones en Derecho de Trabajo y en Derecho de Familia de la UBA y de la UCA; profesora adjunta regular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la carrera de grado de la UBA; investigadora en materia de trabajo infantil y adolescente.

(1) Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo, Nota informativa preparada para la segunda reunión de la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo 15-17/02/2018, Grupo 3: Tecnología al servicio del desarrollo social, ambiental y económico, cuestión 5: La calidad del trabajo en la economía de plataformas, disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/publication/wcms_618370.pdf (consultado el 12/12/2019).

Los repartidores son algunos de los que “no se quedan adentro”. Todo lo contrario, su función social y de salud pública la cumplen en la calle.

Obviamente, las empresas que los contratan también se convirtieron en esenciales porque son las que posibilitan la prestación de ese servicio imprescindible de carácter dependiente, aunque no reconocido como subordinado por parte de tales empresas.

Precisamente, nosotros hemos calificado como trabajadores plataforma-dependientes a quienes los prestan porque en el desarrollo de su actividad laboral dependen permanentemente de una plataforma que la empresa, que es la responsable, crea, mantiene y administra a su voluntad (2).

Los repartidores conducen a diario y a pesar de las inclemencias climáticas sus bicicletas y sus motocicletas sometidas a distintos tipos de contingencias, entre las cuales, en momentos de aislamiento social —sea este más o menos cerrado—, cobra especial gravedad el coronavirus.

Estos trabajadores, entonces, hoy en día cumplen sus tareas en plena calle, en contacto con los consumidores que reciben los productos en sus domicilios y con los comerciantes que les entregan la mercadería que reparten. Y están escasamente protegidos contra los graves riesgos sanitarios que su actividad entraña.

II. Algunas de las normas resultantes de la situación de emergencia relacionadas con los trabajadores “a pedido”

Recordamos que el DNU 297/2020 (publicado en el BO del 20/3/2020) instituyó el aislamiento social preventivo y obligatorio desde el 20 hasta el 31 de marzo inclusive del corriente año, el cual fue ampliado por sus similares 325/2020, DNU 355/2020, 408/2020 459/2020 y sucesivas prórrogas .

(2) Mayores precisiones con relación al tema pueden verse en LITTERIO, Liliana H., “Los trabajadores plataforma-dependientes en la Argentina y en el mundo. ¿De la informatización al informalismo?, Trabajo ‘a pedido’ a través de aplicaciones de transporte y entrega de mercaderías a domicilio”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2020, versión electrónica.

Vale la pena señalar que a partir de la primera de aquellas medidas se desencadenó un huracán de normas de todo tipo, nivel y especie. Son tantas que es difícil manejarlas y armonizarlas adecuadamente a todas ellas, sin riesgo de cometer algún error u omisión.

De las que mayormente afectan la actividad que aquí particularmente nos interesa, en lo que respecta a la situación general de los repartidores y a los importantes riesgos que corren en su trabajo callejero, nos hemos ocupado en otros dos lugares a los que remitimos al lector (3).

En esta oportunidad solamente recordamos que, a fin de proteger la salud pública, el art. 6º del mencionado DNU 297/2020 exceptúa del cumplimiento del aislamiento que dispone y de la prohibición de circular a las personas afectadas a las actividades y servicios que declara esenciales en la emergencia, entre los que incluye, en su inc. 19, el reparto a domicilio de alimentos, medicamentos, productos de higiene, de limpieza y otros insumos de necesidad.

Los servicios que prestan los trabajadores de Rappi, Glovo, PedidosYa, Uber Eats y otras aplicaciones similares están incluidos en esta excepción.

Por su parte, las decs. adms. 429/2020 y 450/2020 del Jefe de Gabinete de Ministros (publicadas en el BO del 20/3/2020 y del 03/04/2020, respectivamente) incorporan al listado de actividades y servicios declarados esenciales en la emergencia, exceptuadas del cumplimiento del “aislamiento social preventivo y obligatorio” y de la prohibición de circular, a las personas afectadas a las actividades y servicios entre los que expresamente figuran: los restaurantes, locales de comidas preparadas y locales de comidas rápidas, los que pueden vender sus productos a través de servicios de reparto domiciliario, con sujeción al protocolo específico establecido por la autoridad sanitaria, y otros más.

(3) Al respecto puede verse, LITTERIO, Liliana Hebe, “Los trabajadores plataforma-dependientes durante el coronavirus”, AR/DOC/933/2020; id., “Los riesgos del trabajo de los trabajadores plataforma-dependientes durante el coronavirus”, LA LEY 21/04/2020, 18, AR/DOC/1175/2020.

Nuevamente estamos en presencia de los repartidores bajo demanda, cuyos ingresos dependen exclusivamente del pago de los pedidos que se les asignen y, en todo caso, de las propinas que con carácter aleatorio puedan recibir de los consumidores.

El Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, a través de la res. 279/2020 (publicada en el BO del 01/04/2020), en su art. 2º dispuso que los trabajadores y trabajadoras que presten servicios en las actividades descriptas en el art. 6º del DNU 297/2020 y sus reglamentaciones, son considerados “personal esencial” en los términos de su similar 207/2020, aclarando que la continuidad de tales actividades en estas circunstancias constituye una exigencia excepcional de la economía nacional (art. 203, LCT).

Ahora bien, sin perjuicio de prorrogar la “prorrogada” vigencia de su similar 297/2020, el mencionado DNU 355/2020 estableció que el jefe de Gabinete de Ministros, en su carácter de coordinador de la Unidad de Coordinación General del Plan Integral para la Prevención de Eventos de Salud Pública de Importancia Internacional, puede, previa intervención de la autoridad sanitaria nacional y a pedido de los gobernadores o de las gobernadoras de las provincias o del jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, exceptuar del cumplimiento del “aislamiento social, preventivo y obligatorio” y de la prohibición de circular al personal afectado a determinadas actividades y servicios o a las personas que habiten en áreas geográficas específicas y delimitadas, siempre que medien las circunstancias que apunta (art. 2º).

En ese contexto, escuetamente señalamos que la dec. adm. 524/2020 del jefe de Gabinete de Ministros (publicada en la primera sección del BO del 18/4/2020) formula precisiones respecto de la excepción del cumplimiento del citado aislamiento y de la prohibición de circular.

Dicha excepción, en el ámbito de las provincias de La Pampa, Neuquén, Formosa, Santa Cruz, Corrientes, Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, Salta, San Juan, Córdoba, Jujuy, La Rioja, Chubut, Catamarca, Río Negro, Entre Ríos, Mendoza, Santa Fe, Chaco, Buenos

Aires, San Luis y Misiones y el de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, comprende al personal afectado a las actividades y servicios que detalla (art. 1º).

Como puede observarse, la medida prácticamente abarca a todo el país.

Y entre otros, comprende al personal dedicado a la venta de mercadería ya elaborada de comercios minoristas, a través de plataformas de comercio electrónico, venta telefónica y otros mecanismos que no requieran contacto personal con clientes y únicamente mediante la modalidad de entrega a domicilio con los debidos resguardos sanitarios, protocolos y planificación de la logística. En ningún caso los comercios mencionados podrán abrir sus puertas al público (art. 1º, inc. 4º).

Probablemente esta sea una de las excepciones más importantes que la medida contempla, en tanto comprende a la actividad comercial de gran cantidad de pequeñas y medianas empresas.

Es que, precisamente por encontrarse imposibilitadas de abrir sus puertas al público, esta es la manera que aquellas tienen de vender sus productos en el mercado.

Si bien esas actividades y servicios quedan autorizados para funcionar conforme al protocolo general que establece, están sujetos a la implementación y el cumplimiento de los protocolos sanitarios de cada jurisdicción (conforme a las recomendaciones y las instrucciones sanitarias y de seguridad de las autoridades nacionales).

En los términos de la medida en todos los casos debe garantizarse lo siguiente: a) organización de turnos, si correspondiere; b) modos de trabajo y de traslado que garanticen las medidas de distanciamiento e higiene necesarias para disminuir el riesgo de contagio del nuevo coronavirus; c) desplazamiento de las personas alcanzadas por la medida exclusivamente para el estricto cumplimiento de la actividad y servicio exceptuados y d) deber de las empleadoras y los empleadores de garantizar las condiciones de higiene y seguridad establecidas por las respectivas jurisdicciones para preservar la salud de las trabajadoras y los trabajadores (art. 2º).

A esos efectos, cada jurisdicción territorial debe dictar las reglamentaciones necesarias para el desarrollo de las actividades y los servicios exceptuados, pudiendo limitar su alcance a determinadas áreas geográficas o municipios o establecer requisitos específicos para su desarrollo, que atiendan a la situación epidemiológica local y a las características propias del lugar, a efectos de minimizar el riesgo de propagación del virus (art. 3°)

Los trabajadores que aquí nos ocupan deben tramitar el certificado único habilitante para circulación - COVID-19 (art 4°).

Parecería que los repartidores a domicilio de productos de supermercados, farmacias, restaurantes, casas de comidas para llevar y otros insumos de necesidad, a través de aplicaciones digitales, una vez más están comprendidos en una medida que se refiere a su trabajo y les permite desarrollarlo.

Como era de esperar y parece razonable, las excepciones otorgadas en virtud de esta nueva medida pueden ser dejadas sin efecto por cada gobernador/a o el jefe de Gobierno porteño según las pautas allí previstas (art. 5°).

De manera similar, conforme a la evolución de las circunstancias sanitarias, el jefe de Gabinete de Ministros puede dejar sin efecto cualquiera de las excepciones establecidas en el art. 1° de la disposición (art. 6°).

III. La necesidad de activar protocolos locales

En esta situación tan especial resulta inevitable que las jurisdicciones locales regulen la prestación del servicio de entrega de productos a domicilio en sus respectivos ámbitos de actuación, atendiendo a las propias necesidades y a las pautas impuestas por la normativa general en la materia.

Ante la emergencia sanitaria declarada resulta forzoso que se establezcan reglas propias en cada ámbito territorial.

Más aún, en las actuales circunstancias pensamos que resultarían convenientes, aun en el caso de que existiera una regulación especial nacional, de la cual por el momento se carece.

Parecería que no son tiempos de pensar en un régimen regulatorio especial del trabajo “a pedido” a través de aplicaciones digitales, imprescindible, por cierto, en tanto la situación actual que debe atenderse sin pausas es muy puntual y excede ampliamente las generalidades que deberían preverse para épocas sin coronavirus.

No olvidemos que la crítica situación que estamos atravesando a raíz de la pandemia en curso desborda cualquier previsión futura.

Por ese motivo presumimos que, frente a esa ausencia de una normativa nacional que pueda servir de pauta general adaptable a las actuales circunstancias en cada lugar frente a la situación de crisis sanitaria general que vivimos, aparecen las medidas locales regulando el tema (de similar o distinta manera).

Las pautas básicas que deben tenerse en cuenta, en este caso, ya están previstas por la disposición de la Jefatura de Gabinete en consideración. Solo se trata de dictar las medidas que las incluyan y provean a todas ellas de acuerdo con lo que en cada jurisdicción se evalúe conveniente.

Eso sí: en esta situación cualquier decisión que se adopte no puede demorarse, todo tiene que ser “ahora”, porque mañana el escenario puede cambiar.

A mero título ejemplificativo mencionamos que en la provincia de San Luis se adoptó un protocolo para el servicio de *delivery* o servicio puerta a puerta y/o flete. Nos referimos, concretamente, al protocolo de habilitación para reparto a domicilio de alimentos, medicamentos, productos de higiene, de limpieza y otros insumos habilitados.

Entre otras cosas, constan en él los requisitos que deben cumplirse en la actividad de *delivery* y flete a autorizar.

Se establece que, además de indicarse los datos del trabajador y el vehículo, debe seleccionarse el horario de trabajo.

Cada una de las personas habilitadas debe cumplir el protocolo. Entre otras cosas, el establecimiento es responsable de la desinfección del paquete a enviar previo a la entrega al repar-

tidor y de proveerle a este un *kit* de higiene personal consistente en un tapabocas y un rociador con solución de alcohol al 70%.

La carga y descarga del paquete corre por cuenta del establecimiento y del cliente, debiendo el repartidor abstenerse de su manipulación.

Debe procurarse realizar el pedido a domicilio con pago con tarjeta de débito o crédito, para reducir las posibilidades del contagio con el dinero y para el caso de pago en efectivo, el establecimiento, el repartidor y el cliente deben higienizarse las manos de manera inmediata luego de la manipulación del dinero. Tanto el establecimiento, como el repartidor y el cliente deben utilizar en todo el proceso del servicio tapabocas y mantener la distancia mínima establecida.

Las indicaciones previstas por el protocolo continúan. En caso de que el cliente verifique el incumplimiento de alguna de las medidas dispuestas en él, debe informar al responsable del establecimiento donde se realizó el pedido.

Recordemos que en el caso de los trabajadores “a pedido” a través de aplicaciones digitales, además de las empresas de *delivery* aparecen en escena los comercios. Estos son, precisamente, los que proporcionan la mercadería a los repartidores y deben hacerlo cumpliendo las condiciones de salubridad impuestas. Entendemos que los elementos de higiene personal de los repartidores deben ser brindados por las empresas.

Asumimos que los protocolos que se adoptan a nivel local en estas circunstancias revisten carácter transitorio pues responden a un hecho puntual: el actual coronavirus.

IV. Reflexión

Obviamente, lo expuesto en el presente artículo es la expresión de la normativa y las circunstancias de hecho del momento en el cual se escribe. Sabido es que todo cambia permanentemente al compás del virus.

Ahora bien, el estatuto especial regulatorio de la actividad de entrega “a pedido” de productos

a domicilio a través de aplicaciones digitales, que aquí nos convoca, todavía está ausente.

Nos parece que en estas circunstancias críticas actuales tanto su necesidad (4) como su carencia han quedado en evidencia para todos, incluidas las autoridades.

Aun cuando la actividad de reparto de mercaderías a domicilio por medio de aplicaciones informáticas dejará de ser considerada esencial por las normas en juego, no lo dejaría de ser totalmente, por lo menos, para unos cuantos.

Es decir, durante la pandemia y, aun después de superada (todos ignoramos cuándo y en qué medida), seguirá siendo esencial para muchas personas que no pueden salir a la calle por diversos motivos, incluidas las enfermedades, por supuesto.

Todo esto, sin olvidar ni por un momento que estamos ante trabajadores precarizados cuyo carácter dependiente es desconocido por las empresas y, por lo tanto, no tienen los derechos inherentes a ese tipo de trabajo.

No hay duda, entonces, de que más temprano que tarde su situación laboral debe ser regularizada.

De cualquier modo, siga o no siendo considerada esencial la prestación de la actividad de reparto a domicilio y aun cuando se habilite el servicio *take away*, los repartidores “a pedido” a través de aplicaciones digitales van a continuar cumpliendo una función social esencial, por lo menos, para gran parte de la población.

(4) Con relación a la conveniencia de una regulación especial, entre otros muchos autores, puede verse: TO-DOLÍ SIGNES, Adrián, intervención en las XXIII Jornadas de Derecho del Trabajo, Colegio Oficial de Graduados Sociales S/C de Tfe., publicado el 23/5/17; MELGAREJO ESPINA, Catalina, “Reivindicando los espacios de la autonomía colectiva”, disponible en <http://www.cielolaboral.com/reivindicando-los-espacios-de-la-autonomia-colectiva> (consultado el 10/11/2019); ZUAZO, Natalia, “A merced del algoritmo”, *Le Monde diplomatique*, Cono Sur, febrero 2019, nro. 236, p. 6; GARCÍA, Héctor, “La prestación de servicios de transporte ‘bajo demanda’ organizados por plataformas virtuales: un nuevo futuro sale al cruce del Derecho del Trabajo”, *Anuario 2016, Año VII, N° 7, AADT y SS, Rubinzal-Culzoni*, Santa Fe, 2017, p. 51.

Requisitos y procedimiento para la homologación de los acuerdos celebrados en el marco del art. 223 bis, LCT

Ricardo A. Foglia

Maira C. Rita

Sumario: I. Antecedentes del art. 223 bis, LCT.— II. El DNU 297/2020 (BO 20/03/2020).— III. El DNU 329/2020 (BO 31/03/2020).— IV. El art. 223 bis, LCT.— V. Trámite para la homologación de acuerdos colectivos.— VI. Trámite para la homologación de acuerdos colectivos.— VII. Comentario final.

I. Antecedentes del art. 223 bis, LCT

El art. 223 bis de la Ley de Contrato de Trabajo fue introducido en el año 1996 por la ley 24.700 (1).

Los motivos por los cuales se agregó esa norma fueron varios. Por las recurrentes crisis económicas de nuestro país eran insuficientes los plazos de suspensión de 30 o 75 días por año aniversario (según fuera un supuesto de falta o disminución de trabajo o fuerza mayor) establecidos por la LCT. Además, si el empleador efectuaba una suspensión por fuerza mayor o falta o disminución de trabajo que no le fuera imputable en los términos de los arts. 220 y 221, LCT, sea unilateral o pactada, toda suma que este abonara a los trabajadores durante la suspensión, en ese marco legal, tenía carácter remuneratorio, aunque se pactara lo contrario (lo que era una práctica común), con lo cual el empleador quedaba a merced de un reclamo de la AFIP que era un tercero, lo cual generaba retenciones por parte de los empleadores y también de los trabajadores por el impacto del descuento de los aportes y contribuciones.

(1) BO 14/10/1996.

Con la finalidad de superar ese obstáculo, es que se dictó la citada norma estableciendo que las partes podían acordar que las sumas que durante esas suspensiones le abonara el empleador al trabajador eran no remunerativas, tributando únicamente las contribuciones para la Obra Social (ley 23.660) y el Sistema Nacional de Seguro de Salud (ley 23.661). La contribución por obra social era del 6% del sueldo bruto del trabajador, y sobre dicho porcentaje, entre el 10 y el 15% se destinaba a la Superintendencia de Servicios de Salud (SSS) (2).

A diferencia de las suspensiones regladas por los arts. 220 y 221, LCT, que en principio son una facultad unilateral del empleador —aunque puedan acordarse— la prevista por el art. 223 bis, LCT es siempre el resultado de un acuerdo individual o colectivo, quedando condicionada su validez al requisito de la homologación.

Coincidimos con Hugo Carcavallo (3), quien sostuvo que, en definitiva, se trató de una fór-

(2) La Superintendencia de Seguros de Salud el resultado de una fusión de diversos entes, entre ellos el ANSSAL efectuada por dec. 1615 modificados decs. 651/1997, 53/1998, 27/2000 y 855/2000.

(3) CARCAVALLO, Esteban, “Informe especial. Suspensión concertada del contrato de trabajo por causas

mula de composición alternativa en el marco de las sucesivas y recurrentes crisis vividas en nuestro país, concretamente, en un contexto de alta inflación crónica, consistente en una solución novedosa y de emergencia en tiempos de crisis, que, en la práctica, se expresó en el pago de un porcentaje de la remuneración real.

Volveremos sobre esta norma más adelante ya que antes nos referimos al contexto en el cual se dictaron las normas objeto de este comentario.

II. El DNU 297/2020 (BO 20/03/2020)

El citado DNU estableció el “aislamiento social, preventivo y obligatorio” (ASPO) —art. 1º— de todos los habitantes del país o que se encontraban en el mismo en forma temporaria, desde el 20 hasta el 31 de marzo de 2020 inclusive (plazo que fue sucesivamente prorrogado), exceptuando del mismo a los trabajadores que prestan tareas en actividades declaradas esenciales, cuya nómina, también, fue ampliada con el paso del tiempo.

De esta manera, se conformaron dos tipos de trabajadores, los afectados al cumplimiento de tareas esenciales y los que no; y respecto de estos últimos, a su vez hay dos categorías: aquellos que en el lugar de aislamiento prestan las mismas tareas, o análogas, a las que cumplían antes del ASPO; y los que, por diversas razones, no lo hacen. El común denominador es que todos, trabajen o no, continúan percibiendo la misma retribución o ingreso. El art. 8º de esa norma referido al sector privado dice “Durante la vigencia del ‘aislamiento social, preventivo y obligatorio’, los trabajadores y trabajadoras del sector privado tendrán derecho al goce íntegro de sus ingresos habituales, en los términos que establecerá la reglamentación del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social”.

Respecto los trabajadores del sector público, que son los enumerados por el art. 8º de la ley 24.156 (4) de Administración Financiera, el

económicas o de fuerza mayor: el supuesto del art. 223 bis, LCT”, Publicado en LLOnline AR/DOC/5318/2010.

(4) Dice el art. 8º “Las disposiciones de esta Ley serán de aplicación en todo el Sector Público Nacional, el que a tal efecto está integrado por: a) Administración Nacional, conformada por la Administración Central y los Organismos

DNU 325/2020 (5) estableció que “Las trabajadoras y los trabajadores que no se encuentren alcanzados por ninguna de las excepciones previstas en el art. 6º del dec. 297/2020, y deban cumplir con el ‘aislamiento social preventivo y obligatorio’, pertenecientes a las jurisdicciones, organismos y entidades del sector público nacional, cualquiera sea su forma de contratación, deberán abstenerse de concurrir a sus lugares de trabajo, pero deberán realizar sus tareas, en tanto ello sea posible, desde el lugar donde cumplan el aislamiento ordenado, cumpliendo las indicaciones de la autoridad jerárquica correspondiente”.

El debate se plantea respecto del art. 8º del DNU 297/2020 referido a los trabajadores del sector privado que no prestan servicios y que, según la norma, deben percibir de sus empleadores íntegramente “sus ingresos”. La cuestión se plantea respecto de que se entiende por “ingresos”.

El Diccionario de la Lengua Española (6) define a “ingreso” como “Caudal que entra en poder de uno...” lo cual equivale a salario ya que es una suma que paga el empleador al trabajador y que ingresa en el patrimonio del mismo por la pues-

mos Descentralizados, comprendiendo en estos últimos a las Instituciones de Seguridad Social. b) Empresas y Sociedades del Estado que abarca a las Empresas del Estado, las Sociedades del Estado, las Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria, las Sociedades de Economía Mixta y todas aquellas otras organizaciones empresariales donde el Estado nacional tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias. c) Entes Públicos excluidos expresamente de la Administración Nacional, que abarca a cualquier organización estatal no empresarial, con autarquía financiera, personalidad jurídica y patrimonio propio, donde el Estado nacional tenga el control mayoritario del patrimonio o de la formación de las decisiones, incluyendo aquellas entidades públicas no estatales donde el Estado nacional tenga el control de las decisiones. d) Fondos Fiduciarios integrados total o mayoritariamente con bienes y/o fondos del Estado nacional. Serán aplicables las normas de esta ley, en lo relativo a la rendición de cuentas de las organizaciones privadas a las que se hayan acordado subsidios o aportes y a las instituciones o fondos cuya administración, guarda o conservación está a cargo del Estado nacional a través de sus Jurisdicciones o Entidades”.

(5) BO 31/03/2020.

(6) Real Academia Española, T. 2 h-z p. 1167, año 1992.

ta a disposición de su fuerza de trabajo, tal como lo expresa el art. 103, LCT

Ello se ve corroborado por el dec. 376/2020 sobre el Programa de Asistencia de Emergencia al Trabajo y Producción que modifica al DNU 332/2020, y que califica a la suma que abona el empleador y que es completada por una asignación de la ANSeS denominada “salario complementario” (a aquellos que obtienen el beneficio) como salario. El último párrafo del art. 8° dice “Esta asignación compensatoria *al salario* se considerará a cuenta del *pago de las remuneraciones* o de la asignación en dinero prevista en el art. 223 bis de la Ley 20.744 de Contrato de Trabajo (t.o. 1976 y sus modificaciones)” (el destacado nos pertenece). Y también tendría esta naturaleza cuando manda pagar, aunque sea en forma reducida o diferida las cargas sociales (art. 2°, inc. a).

Y siendo así, la disposición genera reparos jurídicos, ya que el empleador no estaría obligado al pago de remuneración porque no hay puesta a disposición de la fuerza de trabajo por parte del trabajador (art. 103, LCT).

Y esa falta de puesta a disposición es por una norma estatal que dispuso el aislamiento siendo su violación un ilícito (arts. 1° y 4° del DNU 297/2020) debiendo, de los trabajadores, no afectados a los servicios esenciales, “... abstenerse de concurrir a sus lugares de trabajo...” (art. 2°), norma esta complementada por la resolución del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación 276/2020 que en su art. 6° dice “La abstención de concurrir al lugar de trabajo —que implica la prohibición de hacerlo salvo en los casos previstos...”

Como se advierte el trabajador no está a disposición del empleador por que el Estado le prohibió concurrir al lugar de trabajo y en consecuencia al no haber puesta a disposición de la energía de trabajo el empleador no es deudor de remuneración.

Coincidimos con Etala (7) que la disposición del art. 8° del DNU vulnera los derechos

(7) ETALA, Carlos A., “¿Es constitucional la norma que impone a los empleadores privados el pago íntegro de sus remuneraciones a los trabajadores afectados

de igualdad y propiedad (arts. 14 y 17 de la CN) ya que no hay puesta a disposición de fuerza de trabajo conforme exige el art. 103, LCT; se trata de una situación de fuerza mayor y en todo caso de “desempleo forzoso” que es una contingencia que debe cubrir la seguridad social a través del Fondo Nacional de Desempleo.

Gnecco (8), señala que se trata de “... una prestación de la seguridad social, ya que la misma destinada a cubrir la contingencia de paro producida por la fuerza mayor”.

Consideramos que, en cualquier hipótesis, esto es, sea salario o prestación de la seguridad social, el art. 8° del DNU 297/2020 resulta inconstitucional.

Ya nos hemos referido a la hipótesis que esas sumas son remuneración.

Si no lo son, esto es si se trata de prestaciones de la seguridad social cabe preguntarse si la situación que da lugar a su pago tiene aptitud suficiente para causar derecho a una prestación no contributiva. Pareciera cuanto menos dudoso, que el supuesto permita echar mano a la universalización del ámbito subjetivo de la seguridad social.

Pero, además, dichas sumas no debieran devengar cargas sociales, ni siquiera diferidas, pero no por concesión del Estado, como hace el citado Programa de Asistencia de Emergencia al Trabajo y Producción, sino por derivación de la propia naturaleza de esos importes (arts. 6° y 7°, ley 24.241).

Pero, además, y en todo caso, es irrazonable que el Estado, que, en una situación de fuerza mayor, decide por una norma legal clausurar ciertas actividades y comercios, traslade las consecuencias económicas de su decisión de política estatal a quienes también sufren una situación de fuerza mayor por la enfermedad y

por el aislamiento preventivo y obligatorio?”, LA LEY 12/05/2020, ps. 1 y ss.

(8) GNECCO, Lorenzo, “Suspensión y despido en la emergencia”, www.rubinzalonline.com.ar, RCD 1957/2020. En igual sentido MADALONI, Osvaldo, “El art. 223 bis de la LCT en tiempo de coronavirus”, www.rubinzalonline.com.ar, RC D 1656/2020.

por la decisión del Estado de prohibir su actividad, agravando doblemente su situación. Es decir que el Estado no solo no se hace cargo de las consecuencias plenas de sus decisiones políticas, sino que traslada los efectos de sus propias decisiones políticas (por más justificadas que sean) a terceros, imponiéndoles una carga que no tiene causa jurídica, ya que la obligación que impone de abonar salarios o contraprestaciones o parte de los mismos, a los sujetos “privados” es incausada, porque el caso fortuito, como es el hecho del príncipe (cualquiera sea la razón), impide la configuración del nexo causal.

De esta manera los pagos que se imponen a los empleadores, son inconstitucionales cualquiera sea su naturaleza y afectan visceralmente el derecho de propiedad.

Más allá de la naturaleza de esas sumas, es dable señalar que la imposición se traduce en una carga económica insoportable para las empresas, y en especial para las pequeñas sin ingresos, ya que no tienen productividad ni prestan servicios, porque no pertenecen a una actividad esencial, y tampoco los trabajadores pueden realizar tareas desde el lugar de aislamiento, y que además, de pagar salarios o prestaciones como si la empresa funcionara como antes de su virtual clausura, deben pagar impuestos, tasas, alquileres, gastos, seguros, deudas y demás cuestiones que se devengan por el solo hecho de existir.

Son empresas paralizadas que solo tienen egresos.

Como se advierte, no hay causa jurídica para que el empleador abone salarios o prestaciones a los trabajadores que no pueden concurrir al trabajo ni realizan tareas desde el lugar de aislamiento por un impedimento legal, lo cual no quiere decir que no deben cobrar sumas sustitutivas del salario, pero las mismas deben estar a cargo del Estado ya que es el resultado y la consecuencia de una política pública y no de una decisión del empleador.

III. El DNU 329/2020 (BO 31/03/2020)

Dicha norma establece la prohibición de despidos sin justa causa y de despidos y suspensio-

nes por fuerza mayor (9) y falta o disminución de trabajo no imputable al empleador con la finalidad de “... preservar la paz social...” evitando medidas unilaterales “... que no serán más que una forma de agravar en mayor medida los problemas que el aislamiento social preventivo y obligatorio procura remediar”(10).

La prohibición durante el plazo de 60 días contados desde la publicación del citado DNU fue prorrogada por 60 días más desde el vencimiento del plazo anterior (11) por lo que fenece el 28/07/2020.

Uno de los coautores de este trabajo señaló (12) que una particularidad de la norma es que, en sus mismos fundamentos, y como sustento de la prohibición que instaura y de la cancelación del caso fortuito y de la falta o disminución de trabajo no imputable al empleador, reconoce, casualmente, la existencia de caso fortuito o de falta o disminución de trabajo no imputable al empleador. Es decir que, como hay una situación que configura un supuesto de caso fortuito o de falta o disminución de trabajo no imputable al empleador, este no puede utilizar los mecanismos que la LCT prevé para esas situaciones.

Ahora bien, el citado DNU exceptúa de la prohibición a las suspensiones pactadas individual o colectivamente y homologadas por la autoridad de aplicación en los términos del art. 223 bis, LCT (art. 3º, segundo párrafo).

IV. El art. 223 bis, LCT

El art. 223 bis, LCT establece que el empleador podrá acordar con el trabajador o con el

(9) Nos referimos únicamente a fuerza mayor ya que el art. 1730 del Cód. Civ. y Com. establece que dicho término es sinónimo de caso fortuito.

(10) Para un comentario a dicha norma puede verse a FOGLIA, Ricardo A., “La estructura de la normativa laboral elaborada para la emergencia por el coronavirus”, Publicado en: LA LEY 21/04/2020, 10, Cita Online: AR/DOC/1093/2020.

(11) Art. 2º del dec. 487/2020, BO 19/05/2020.

(12) FOGLIA, Ricardo A., <https://foglia-abogados.com.ar/wp-content/uploads/2020/04/EL-CORONAVIRUS-Y-SU-IMPACTO-EN-EL-DERECHO-DEL-TRABAJO-VERSION-25-03-2020.pdf>.

sindicato representativo suspensiones por fuerza mayor o falta o disminución de trabajo no imputable al empleador con el pago de una “prestación no remunerativa” durante la misma, que solo tributa las contribuciones de las leyes 23.660 y 23.661.

Se ha señalado que dicho precepto sería inconstitucional por cuanto en el aspecto individual vulneraría a los arts. 7º y 12, LCT, excepto que el trabajador recibiera algo a cambio; y en el aspecto colectivo porque el sindicato no puede disponer el salario de los trabajadores (13). Creemos que esto no es así por cuanto la norma establece una excepción al principio de la irrenunciabilidad, como, p. ej., en el supuesto de los arts. 58, 67, 241, etc., LCT. Se trata de una norma posterior incorporada a la LCT que regula una situación específica, y además, respecto del aspecto colectivo, las cláusulas de la CCT no se incorporan a los contratos individuales.

Dicho mecanismo requiere un acuerdo individual o colectivo y una resolución administrativa o judicial.

El acuerdo de partes importa convenir sobre cuatro circunstancias:

i) que ambas partes reconozcan que la situación que da lugar al acuerdo es un supuesto de fuerza mayor o falta o disminución de trabajo no imputable al empleador, que es el hecho que habilita el mecanismo de la norma;

ii) con ese fundamento fáctico se debe acordar que se suspenden los efectos del contrato de trabajo de prestar tareas a cargo del trabajador y de abonar la remuneración a cargo del empleador;

iii) el plazo de la suspensión que puede ser menor o igual o superior al establecido por los arts. 220 y 221, LCT pero en todo caso debe ser cierto;

iv) que en ese periodo el empleador le va abonar al trabajador una prestación dineraria “en compensación” por la suspensión, cuyo monto debe acordarse, de naturaleza “no remunerativa”

y que solo va a tributar las contribuciones citadas y está sujeta al impuesto a las ganancias, ya que no está ente los conceptos excluidos por la ley 20.628 (art. 20). La norma es clara en cuanto a que dicha prestación solo puede ser dineraria, no en especie ya que el artículo se refiere a “... asignaciones en dinero...”

Entendemos que no es necesario seguir el orden de prelación de las suspensiones establecido por el art. 221, LCT por cuanto el mecanismo del art. 223 bis, LCT es un sistema específico y diferenciado que no refiere a esa norma, ni en el plazo de la suspensión, ni en el orden de prelación, ni en la naturaleza no remuneratoria de la prestación que se abone.

A su vez, la resolución administrativa es la homologación del acuerdo por “... parte de la autoridad de aplicación...”, aunque también consideramos que puede ser homologado judicialmente.

Lo que sucedió, dado el aislamiento preventivo y obligatorio, es que los organismos encargados de las homologaciones no están funcionando, con lo cual el recaudo resulta de imposible cumplimiento, no siendo admisible que el DNU 329/2020 habilite acuerdos que resulten imposibles. Por eso hay que recurrir a normas aplicables a situaciones análogas (art. 11, LCT).

En esa búsqueda y respecto de los acuerdos colectivos uno de los coautores de este trabajo (14) consideró que la norma análoga en los acuerdos colectivos era el último párrafo del art. 4º de la ley 14.250 que dice: “Los convenios colectivos de empresa o de grupo de empresas, deberán observar las condiciones establecidas en el párrafo precedente y serán presentados ante la autoridad de aplicación para su registro, publicación y depósito, conforme a lo previsto en el art. 5º de esta ley” y en cuanto a los acuerdos individuales, dijo que la cuestión se centraba en la forma de la manifestación de voluntad del trabajador sin presiones y veraz y que el acuerdo es razonable dado las circunstancias de

(13) TOSTO, Gabriel A., “Ley de contrato de trabajo comentada, anotada y concordada”, dirigida por Jorge RODRÍGUEZ MANCINI, Ed. La Ley, 2007, t. IV, ps. 106 y ss.

(14) Disponible en: <https://foglia-abogados.com.ar/wp-content/uploads/2020/04/EL-CORONAVIRUS-Y-SU-IMPACTO-EN-EL-DERECHO-DEL-TRABAJO-VERSION-25-03-2020.pdf>.

tiempo y crisis. Resultan aptos, de esta manera, los medios electrónicos conforme los arts. 286, 287 y 288 del Cód. Civ. y Com. (15).

Finalmente cabe destacar que los acuerdos colectivos pueden ser acordados por las partes espontáneamente o en el marco de un procedimiento preventivo de crisis.

Nos referiremos separadamente al procedimiento de homologaciones de acuerdos colectivos e individuales.

V. Aplicación de los plazos de suspensión por fuerza mayor o falta o disminución de trabajo durante el aislamiento social preventivo y obligatorio

Con fecha 09/06/2020 el PEN dictó el DNU 529/2020, que en su art. 2 estableció que los límites temporales previstos por los artículos 220, 221 y 222 de la Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744 y sus modificatorias no regirán para las suspensiones por falta de trabajo y fuerza mayor dispuestas en los términos del art. 223 bis de la ley.

De esta manera, como consecuencia de la emergencia sanitaria, dichas suspensiones podrán extenderse hasta el cese del “aislamiento social, preventivo y obligatorio” establecido por

(15) Dicen esas normas: (i) art. 286 “Expresión escrita. La expresión escrita puede tener lugar por instrumentos públicos, o por instrumentos particulares firmados o no firmados, excepto en los casos en que determinada instrumentación sea impuesta. Puede hacerse constar en cualquier soporte, siempre que su contenido sea representado con texto inteligible, aunque, su lectura exija medios técnicos”. (ii) art. 287 “Instrumentos privados y particulares no firmados. Los instrumentos particulares pueden estar firmados o no. Si lo están, se llaman instrumentos privados. Si no lo están, se los denomina instrumentos particulares no firmados; esta categoría comprende todo escrito no firmado, entre otros, los impresos, los registros visuales o auditivos de cosas o hechos y, cualquiera que sea el medio empleado, los registros de la palabra y de información” (iii) art. 288 “Firma. La firma prueba la autoría de la declaración de voluntad expresada en el texto al cual corresponde. Debe consistir en el nombre del firmante o en un signo. En los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza una firma digital, que asegure indubitablemente la autoría e integridad del instrumento”.

el Decreto N° 297/20 y sus prórrogas, cuyo fin es incierto.

VI. Trámite para la homologación de acuerdos individuales

VI.1. El acuerdo sectorial que dio lugar al dictado de la norma gubernamental

Respecto de los acuerdos colectivos, con fecha 27 de abril de 2020 se suscribe un pacto sectorial entre la Confederación General del Trabajo (CGT) y la Unión Industrial (UI) por el cual se aconseja al Poder Ejecutivo “El dictado de una norma instrumental que establezca certidumbre respecto de aquellas personas que no pueden prestar sus servicios habituales, disponiendo que en tal supuesto la situación será considerada como una suspensión encuadrada en los términos del art. 223 bis de la Ley de Contrato de Trabajo (LCT) y/o todo instituto equivalente dispuesto en los estatutos profesionales, la ley 22.250 o convenciones colectivas de trabajo”.

En dicho instrumento se indican las *sugerencias* a las que nos referiremos más adelante.

Con posterioridad, el 6 de mayo 2020 (luego del dictado de la resolución del MTEYSSN 397/2020) la Federación Argentina de Empleados de Comercio y Servicios (FAECYC) y la Cámara Argentina de Comercio (CAC), la Confederación Argentina de la Mediana Empresa (CAME) y la Unión de Entidades Comerciales Argentinas (UDECA) firman un acta en la cual adhieren al acta acuerdo precedente y establecen un protocolo de actuación específico para ese sector.

VI.2. La Resolución MTEYSSN 397/2020 (BO 30/04/2020)

El MTEYSSN en la resolución indicada hace suyo el acuerdo de “consejos” suscripto entre la CGT y la UI que se adjunta a la misma, y que luego contó con la adhesión de FAECYC, CAC, CAME y UDECA.

Como se advierte, se trata de una génesis anómala ya que un “consejo” sectorial da lugar a una norma reglamentaria del art. 223 bis, LCT, cuyo alcance excede el ámbito subjetivo

de representación de las entidades firmantes de la recomendación, incluido el adherente posterior.

En definitiva, se trata de la reglamentación de una norma de la LCT con alcance general en base un consejo sectorial que, de esta manera, se transforma, por una mutación asombrosa, en norma reglamentaria de alcance general. En definitiva, es una norma aconsejada por un sector.

VI.2.a. Vigencia

El art. 4º de la misma establece que comenzará a regir a partir de su publicación en el Boletín Oficial, hecho este que acaeció el 30 de abril 2020.

Respecto de los acuerdos anteriores nos remitimos a lo expresado.

VI.2.b. Adhesión

La misma invita a adherir al criterio fijado a las autoridades administrativas provinciales (art. 5º).

VI.2.c. Alcance

Comprende a los acuerdos, que conforme el modelo de Anexo de la norma y en el marco del art. 223 bis, LCT, arriben las entidades sindicales con personería gremial y las empresas. No se refiere a las cámaras empresariales.

El mecanismo es únicamente aplicable a los trabajadores que no pueden prestar sus tareas habituales.

VI.2.d. Las pautas del modelo de acuerdo

La citada resolución establece una diferenciación según los acuerdos colectivos se ajusten o no al acuerdo marco, que en realidad es, como expresáramos, un consejo normativizado.

Los puntos son los siguientes:

i) Plazo de la suspensión:

60 días corridos contados desde el 1º de abril de 2020. Este plazo puede ser prorrogado.

ii) Monto de la asignación a abonar por el empleador durante el plazo de la suspensión:

Debe ser igual o superior al 75% del salario neto que le hubiere correspondido durante el plazo de la suspensión de haber trabajado en ese lapso.

iii) Cargas sociales

A diferencia del art. 223 bis, LCT que solo establece que se deben abonar las contribuciones de las leyes 23.660 y 23.661, en este caso se deben tributar la totalidad de los aportes y contribuciones establecidos por dichas normas, y el pago de la cuota sindical, sobre el monto abonado en concepto de prestación no remunerativa.

i) Forma de las suspensiones

El empleador puede disponer que las suspensiones sean simultáneas, alternadas, rotativas, o de todo o parte del personal.

ii) Absorción del pago complementario del art. 8º del DNU 376/2020

El DNU 376/2020 (16) en lo que aquí interesa, creó el “Programa de Asistencia y Emergencia al Trabajo y la Producción”, consistente en un beneficio para aquellas empresas que desarrollen actividades económicas afectadas en forma crítica por la pandemia del COVID-19, basado en una asignación compensatoria al salario. Se trata de una suma de dinero abonada por la AN-SeS, que se considerará a cuenta del pago de las remuneraciones de los empleados. En caso que el empleador hubiere obtenido para sus trabajadores este salario complementario, dicho importe será considerado como parte integrante de la asignación pactada, de forma tal que el empleador debe pagar la diferencia hasta completar el importe total convenido en el marco del acuerdo.

iii) Obligación de mantenimiento del empleo

Durante el plazo del acuerdo los empleadores deben mantener su dotación de trabajadores.

(16) BO 19/04/2020. La norma modifica el DNU 322/2020, creadora del programa de asistencia al trabajo y la producción.

Si bien la norma no lo aclara, están excluidos de esa restricción los casos de renuncia, fallecimiento, extinciones por mutuo acuerdo, jubilación, incapacidad absoluta (art. 212, párr. 4º), vencimiento del plazo fijo, cumplimiento de la eventualidad, despidos con justa causa y los trabajadores contratados por intermedio de empresas de servicios eventuales, ya que no son empleados dependientes de la empresa usuaria. Entendemos que dichos supuestos están excluidos de la norma, ya que se trata de extinciones del contrato de trabajo en la cual la voluntad del empleador es neutra e incluso ajena.

Cabe agregar que esta obligación era innecesaria ya que el DNU 329/2020, prorrogado por DNU 487/2020 **(17)** establece la prohibición de los despidos sin justa causa o por fuerza mayor o por falta o disminución de trabajo no imputable al trabajador **(18)**.

VI.2.e. Exclusiones

Las exclusiones del sistema son:

i) Trabajadores que prestan tareas en empresas cuya actividad ha sido declarada esencial:

ii) Los trabajadores que prestan tareas en empresas cuya actividad ha sido declarada esencial, pero que están excluidos de concurrir al lugar de trabajo por ser personas con riesgo de salud. Tales son, conforme la resolución MTEYSSN 207/2020 **(19)** los mayores de 60 años mayores y los que padezcan de enfermedades respiratorias crónicas: enfermedad pulmonar obstructiva crónica [EPOC], enfisema congénito, displasia broncopulmonar, bronquiectasias, fibrosis quística y asma moderado o severo), enfermedades cardíacas (Insuficiencia cardíaca, enfermedad coronaria, valvulopatías y cardiopatías congénitas), inmunodeficiencias, diabéticos, personas con insuficiencia renal crónica en diálisis o con expectativas de ingresar a diálisis en los siguientes seis meses,

(17) BO 18/05/2020.

(18) Sobre este tema ver a FOGLIA, Ricardo A., <https://foglia-abogados.com.ar/la-prohibicion-de-despidos-en-el-marco-de-la-emergencia-sanitaria/>.

(19) BO 17/03/2020.

iii) Los trabajadores de empresas cuya actividad es no esencial pero que prestan tareas desde su lugar de aislamiento (Resolución MTEYSSN 279/2020).

iv) Los que hubieren acordado o acordaren criterios de suspensión diferentes a los enumerados.

VI.2.f. Tipos de acuerdos

La resolución comentada contempla posibilidades de homologación de dichos acuerdos, según se trate de acuerdos conforme las pautas antedichas o no.

A su vez, y respecto de la primera posibilidad (acuerdos ajustados a las pautas) contempla aquellos que presenten para su homologación conjuntamente la entidad sindical y el empleador de los que solamente son presentados por ese último.

Nos referiremos a cada supuesto separadamente:

(i) *Acuerdos conforme las pautas del Anexo I de la resolución*):

- Acuerdos conjuntos ajustados al Anexo.

Cuando el empleador y la entidad sindical con personería gremial presentan un acuerdo de suspensiones conforme el art. 223 bis, LCT, que se ajusten al Anexo deberán acompañar un listado con el personal incluido en el mismo. A dichos acuerdos la autoridad administrativa les va a efectuar el control de legalidad y luego los homologará.

- Acuerdos conjuntos más beneficiosos para los trabajadores que los del Anexo a la resolución.

En este caso se aplica el mismo criterio que en el supuesto anterior.

- Acuerdos propuestos unilateralmente por las empresas.

De estas propuestas de acuerdo, la autoridad de aplicación da vista a la entidad sindical correspondiente por el plazo de tres [3] días, que, y si bien la norma no lo aclara, entendemos que

son hábiles dado la naturaleza procesal-administrativa del traslado.

Dentro de ese plazo el sindicato puede pedir una prórroga de dicho plazo por dos [2] días más.

Vencido el plazo y la eventual prórroga, si la entidad guarda silencio se interpreta que presta conformidad con el acuerdo. De esta manera la norma instaura la consecuencia del silencio cuando hay "... un deber de expedirse..."; en este caso por la ley (20).

Si el sindicato se opone al acuerdo sugerido la norma establece que se abre "... una instancia de diálogo y negociación" (art. 2º, párr. 2º) cuyo plazo no está determinado, aunque por analogía puede aplicarse el establecido en el art. 11 de la ley 14.786 (21).

(ii) *Acuerdos de partes que no se ajustan íntegramente al Anexo I de la resolución:*

Se sobrentiende que se trata de acuerdos peyorativos en cuanto a las pautas del Anexo. En este caso la autoridad de aplicación formulará las consideraciones que considere pertinentes.

Se bien la norma no lo explicita, hay dos posibilidades: (i) que las partes ajusten el acuerdo para conformarlo con el Anexo I, en cuyo caso procedería su homologación; o (ii) que no se lo reformule, en cuyo caso la homologación del pacto dependerá de la razonabilidad, proporcionalidad del mismo y de la situación de cada empresa en particular. Señalamos esto por cuanto la diferencia radica en que los acuerdos

(20) El art. 263 del Cód. Civ. y Com. dice "Silencio como manifestación de la voluntad. El silencio opuesto a actos o a una interrogación no es considerado como una manifestación de voluntad conforme al acto o la interrogación, excepto en los casos en que haya un deber de expedirse que puede resultar de la ley, de la voluntad de las partes, de los usos y prácticas, o de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes".

(21) Dice el artículo "Desde que la autoridad competente tome conocimiento del diferendo hasta que ponga fin a la gestión conciliatoria no podrá mediar un plazo mayor de quince días. Este término podrá prorrogarse por cinco días más cuando, en atención a la actitud de las partes, el conciliador prevea la posibilidad de lograr un acuerdo".

conforme las pautas del Anexo son de "homologación automática", pero nada impide que otros pactos de partes específicos no sean homologados por el solo hecho de no ajustarse a las mismas.

Cabe señalar que la norma no prevé el régimen de propuestas de acuerdo unilaterales efectuadas por la empresa. En este caso consideramos que sería razonable, por analogía, aplicar el procedimiento estipulado para los acuerdos propuestos unilateralmente por las empresas ajustados al Anexo.

VI.2.f. Pautas específicas de los acuerdos con FAECYC, CAC, CAME y UDECA

Las especificidades son dos.

Las partes pactaron que las prestaciones no remuneratorias acordadas tributarán, además, de aportes y contribuciones con destino a la obra social (leyes 23.660 y 23.661), el aporte establecido en el art. 9º del acuerdo paritario del año 2019, las contribuciones con destino a OSE-CAC, aportes y contribuciones sindicales y las del INACAP (acta acuerdo del 08/04/2008 homologada por resolución MTEYSSN 600/2008).

Respecto del aporte solidario art. 9º del Acuerdo 2019, consiste en una suma de \$1000 para los salarios de febrero; \$1000 para los salarios de marzo, y \$2000 para los salarios de abril, y que se mantiene en dicho importe (\$2000) hasta la incorporación en la nueva paritaria. Respecto del INACAP, se trata del Instituto de Capacitación Profesional y Tecnológico para el Comercio, cuya contribución solidaria al mes de marzo 2020 es de \$208,59.

Se acordó que no es necesario dar vista al Sindicato de las presentaciones que efectúen las empresas de menos de 70 trabajadores que se ajusten al Anexo I de la resolución. En este caso las homologaciones son automáticas.

VI.2.g. Procedimiento

En cuanto al procedimiento cabe destacar que las partes, en la presentación inicial deberán efectuar una declaración jurada sobre la autenticidad de las firmas de los acuerdos confor-

me los términos del art. 109 del dec. 1759/1972 (art. 4º, resolución MTEYSSN 397/2020) (22).

Además, deberán acompañar la nómina del personal comprendido en la suspensión (arts. 1º y 2º, resolución MTEYSSN 397/2020).

Como señala, Madaloni (23), es necesario, comunicar el acuerdo a aquellos trabajadores que no intervinieron en la suscripción del mismo.

VII. Trámite para la homologación de acuerdos colectivos

La disposición de la Dirección Nacional del Servicio de Conciliación Obligatoria y del Personal de Casas Particulares 290/2020 (BO 12/05/2020) estableció dicho procedimiento.

En los arts. 4º y ss. la norma regula la situación de los acuerdos espontáneos e individuales celebrados en el marco del art. 223 bis, LCT.

VII.1. Patrocinio letrado

En todos los casos se mantiene la obligación de patrocinio letrado establecido por el art. 17, ley 24.635.

(22) El art. 109, dec. 1759/1972 entiende, a efectos de declaración jurada: "(...) a) El documento suscrito por un interesado en el que este manifiesta, bajo su responsabilidad, que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente para obtener el reconocimiento de un derecho o facultad para su ejercicio, que dispone de la documentación que así lo acredita, que la pondrá a disposición de la Administración cuando le sea requerida, y que se compromete a mantener el cumplimiento de las anteriores obligaciones durante el período de tiempo inherente a dicho reconocimiento o ejercicio. Los requisitos a los que se refiere el párrafo anterior 'deberán estar recogidos de manera expresa, clara y precisa en la correspondiente Declaración Jurada. La Administración podrá requerir en cualquier momento que se aporte la documentación que acredite el cumplimiento de los mencionados requisitos y el interesado deberá aportarla; b) El documento mediante el que los interesados ponen en conocimiento de la Administración sus datos identificatorios o cualquier otro dato o documentación relevante para el inicio de una actividad o el ejercicio de un derecho".

(23) Ob. cit., p. 4.

Si el acuerdo es presentado sin patrocinio letrado del trabajador, el trámite se suspende hasta que obtenga el mismo a través del Programa Asistir que brinda patrocinio jurídico para los casos de conflictos individuales (art. 5º).

Cabe señalar que el patrocinio también puede ser del representante sindical ya que la norma habilita esta posibilidad.

VII.2. Donde se efectúa la presentación

La misma, con toda la documentación, deberá ser remitida al correo ratificacioneseclo@trabajo.gob.ar con indicación en el asunto de "Art. 223 bis con el nombre y CUIT de la empresa" (art. 4º, segunda parte).

VII.3. Requisitos de la presentación

El abogado de la parte trabajadora deberá prestar declaración jurada de responsabilidad profesional para intervenir en el acto ratificatorio con función *ad hoc* para la constatación de la libre emisión del consentimiento de los trabajadores.

Se requiere adjuntar el acuerdo firmado en forma ológrafa por todos los participantes (trabajador/es, representante sindical y/o letrado patrocinante, y la parte empleadora). En caso de no poder efectuar la firma ológrafa, la norma delega a la parte empleadora arbitrar los medios conducentes para certificar la autenticidad de la suscripción del trabajador del convenio de un modo fehaciente.

Asimismo, se deben adjuntar las actas de ratificación de los acuerdos, con la intervención del letrado asistente de los trabajadores.

Finalmente, se debe acompañar en anexo la nómina de trabajadores, con los siguientes datos: CUIL, domicilio real, remuneración, tareas, antigüedad, correo electrónico de cada trabajador y número de teléfono.

VII.4. Trámite

La autoridad de aplicación analiza la documentación enviada, y fija audiencia virtual, en la cual las partes deberán tener consigo la documental necesaria denunciada (art.7).

A los fines de acreditar identidad y personería deberán adjuntar en formato digitalizado: 1. Poder vigente y/o acta de designación de autoridades con el Estatuto; 2. Copia del DNI, frente y dorso, de/los solicitante/s; 3. Copia de la Credencial de matrícula habilitante y vigente de todos los abogados intervinientes. 4. Para el caso de representantes gremiales deberá, asimismo, adjuntarse nota de autorización expedida por el Secretario General y/o representante legal de la entidad gremial facultándolo para actuar en el marco de dicho acuerdo; 5. El correo electrónico y celular de cada parte, inclusive de cada trabajador (art. 8º).

Luego de celebrada la audiencia, la autoridad de aplicación emitirá una resolución, si corresponde, homologatoria. Caso contrario dará vista a las partes para subsanar omisiones.

VII.5. Validez

Conforme el art. 10, se establece que los acuerdos y sus ratificaciones realizadas en los términos de la presente resolución tendrán la misma validez que los celebrados en forma presencial.

VIII. Comentario final

El dictado normas reglamentarias que regulan el trámite para obtener la homologación de acuerdos celebrados en el marco del art. 223 bis, LCT resultaba imperioso dado, por una parte, la situación de crisis económica de las empresas que impide a muchas de ellas el pago completo de los salarios, y por la otra, la falta de operatividad de los organismos encargados de las homologaciones.

La solución digital que fue adoptada pone en evidencia un mecanismo no presencial que permite sortear el obstáculo y que, seguramente en muchas áreas y actividades llegó para quedarse.

La pandemia ha acelerado la adopción de esas tecnologías en muchas actividades, y lo que se pensaba como un futuro ya es presente. Y ello va a cambiar de manera radical el mundo del trabajo.

También pone en evidencia la insuficiencia de nuestro sistema normativo no solo para afrontar las crisis del pasado, sino también los desafíos del futuro cercano. En necesario actualizar el mismo ya que los desafíos son otros diferentes a la época en la cual fue concebido, lo cual no quiere decir que el derecho del trabajo deba perder su norte y sentido de ser que es proteger al trabajador.

Como señala Ripert (24) “Si el derecho tiene por objeto, como lo creo, hacer reinar el orden en la sociedad, el verdadero progreso del derecho consiste en dar nuevas reglas, solo con el fin de asegurar un orden mejor. De ahí la necesidad de reglas de carácter abstracto y permanente, expresadas con claridad, acompañadas de sanciones eficaces. *Cuando las condiciones materiales de vida y las propias costumbres de los hombres cambian, estas leyes deben modificarse.* ‘Las leyes se hacen con el tiempo’ decía Portalis; a decir verdad, uno las hace” (el destacado nos pertenece).

(24) RIPERT, Georges, “La crisis del derecho”, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961, p. 30.

ACCIDENTES Y RIESGOS DEL TRABAJO

El derecho de daños laborales y el coronavirus

Reglas generales para la cobertura del COVID-19 y análisis del DNU 367/2020

Juan J. Formaro (*)

Diego A. Barreiro (**)

Eduardo E. Curutchet (***)

Sumario: I. Introducción.— II. Dimensión constitucional.— III. Derecho de daños laborales.— IV. El coronavirus y el régimen especial.— V. El coronavirus y el derecho común.— VI. Las presunciones en orden al nexo causal.— VII. El reconocimiento oficial del riesgo biológico.— VIII. La cobertura en el marco del DNU 367/2020.— IX. Las consecuencias indemnizables en ambos sistemas.— X. Conclusiones.

I. Introducción

La aparición del COVID-19 ha puesto en jaque a la sociedad, interpellándola. El régimen de riesgos del trabajo no es ajeno a dicho efecto del virus, y ante el brote emergen nuevamente sus conocidas incongruencias.

A nadie escapa que resultaría una injusticia manifiesta sumir en el desamparo a las trabajadoras y los trabajadores que pudieran contraer el virus en circunstancia laboral. Ante ese escenario se incorpora al sistema especial el DNU 367/2020, creando una novedosa categoría dentro de las contingencias por el tratamiento específico que se le dispensa al coronavirus.

Dicha situación exige, a los fines expositivos, clarificar primero ciertos conceptos basilares, para realizar luego un análisis sistemático que,

(*) Abogado (UBA). Director del Instituto de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social del Colegio de Abogados de San Isidro. Profesor de grado y posgrado.

(**) Abogado (UBA). Profesor de grado y posgrado.

(***) Abogado (UNLP). Especialista en Derecho Social (UNLP). Docente Universitario Posgrado Especialización de Derecho de Trabajo (UNLP).

reconociendo la existencia y razón de ser del derecho de daños laborales, atienda a la articulación e interpretación que reclaman las normas. Ello con miras a tornar operativos los derechos y garantías constitucionales involucrados cuando los objetos de protección son la vida y la salud, y el sujeto de esa tutela es el trabajador.

II. Dimensión constitucional

Es sabido que el derecho a la reparación se halla visceralmente unido a la vigencia del principio *alterum non laedere*, que —como enseña la Corte— tiene raíz constitucional y no se arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica (1).

Queda claro entonces que dicho principio se engarza en la base misma del derecho de daños y da sustento a la existencia de regímenes legales regulatorios de la obligación resarcitoria cuando media un quebrantamiento del deber

(1) CS, 05/08/1986, “Gunther, Raúl F. c. Ejército Argentino”, consid. 14 del voto de la mayoría, Fallos 308:1118.

que el adagio contiene. El adjetivo “entrañable” que utiliza la Corte para describir la relación entre el principio de no dañar a otro y el derecho de daños da indicios sobre la importancia y la fuerza con que la idea del *alterum non laedere* debe influir y regir en el campo de este último (2).

Lo expuesto implica que los regímenes de reparación (tanto el especial como el común) nacen a partir de la regla citada, y desde aquel punto de referencia central e insoslayable deben ser analizados en su operatoria concreta y sus alcances.

La dimensión constitucional del amparo en materia de daños (art. 19, CN) excruba su importancia cuando la cuestión se ubica en el terreno del derecho del trabajo, pues allí la tutela es incluso preferente (art. 14 bis, CN). Más aún cuando lo que se trata de tutelar es el derecho a la vida, el “primer derecho natural de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva, y que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional y las leyes” (3), y la salud del hombre trabajador, considerada por la Corte como un bien de “superior naturaleza” (4).

La adecuada protección del derecho a la vida y a la integridad psicofísica de las personas exige que se confiera al principio *alterum non laedere* toda la amplitud que éste amerita (5).

De allí emergen una serie de directrices a tener en cuenta para nuestro análisis: a) la aplicación e interpretación de las normas inferiores debe efectuarse de modo adaptativo (conforme) a las reglas superiores; b) son irrazonables las interpretaciones que, en lugar de alcanzar la protección cuando ello es posible, la desactivan; c) las normas que agraven aquellos pilares, sin posibilidad de adaptación, son pasibles de reproche constitucional.

(2) JUÁREZ FERRER, Martín, “El derecho constitucional a la reparación integral”, Ed. Hammurabi, 2015, p. 129.

(3) CS, 06/11/1980, “Saguir y Dib, Claudia G. s/ autorización”, Fallos 302:1284.

(4) CS, 24/11/1983, “Recurso de hecho deducido por SMATA en la causa ‘Sindicato de Mecánicos y Afines del Transporte Automotor s/ recurso de nulidad y reconsideración”, Fallos 305:2040.

(5) CS, 27/11/2012, “Rodríguez Pereyra, Jorge L. c. Ejército Argentino”, Fallos 335:2333.

III. Derecho de daños laborales

El régimen especial de riesgos del trabajo (leyes 24.557, 26.773 y 27.348, y normativa que es accesoria) tiene como explícito objetivo la “prevención de los riesgos y la reparación de los daños derivados del trabajo” (art. 1º, apart. 1º, LRT). Allí busca, según su propia declamación, tornar operativa la indemnidad debida al trabajador (y que se extiende a su familia), en un marco tarifado.

El derecho común, así denominado aquí al solo efecto de su distinción del régimen especial tarifado, se constituye por toda la normativa (esencialmente laboral y civil) que resulta capaz de aprehender la reparación de los daños, con miras a la plenitud indemnizatoria, y alcanzando a damnificados directos e indirectos.

El llamado derecho de daños laborales se construye a partir de la confluencia de las disposiciones de las distintas vertientes del sistema normativo, para hallar coherencia a la luz de los principios que rigen la prevención y la reparación de daños en general y de los laborales en particular, con respeto a las mandas constitucionales.

La comprensión de la noción, que amerita un desarrollo más profundo y que hemos abordado en otras oportunidades, es importante para entender que las reglas en materia de prevención y reparación de daños se articulan para evitar el absurdo en la lógica general del sistema jurídico, vicio en que puede incurrirse con una visión parcializada.

IV. El coronavirus y el régimen especial

Mientras es sabido, aun por los legos, que el coronavirus puede adquirirse por contagio en situación de trabajo, se ha debatido jurídicamente en torno a la posibilidad de su aprehensión por el régimen que debe cubrir los riesgos que allí se presenten.

Se dijo al efecto que no constituiría accidente por no ser *súbito y violento* (art. 6º, apart. 1º, ley 24.557), que no sería *enfermedad profesional* por no hallarse en el listado [art. 6º, apart. 2.a), *idem*], y que no sería posible su reconocimiento por no ser provocado por *causa direc-*

ta e inmediata de la ejecución del trabajo [art. 6º, apart. 2.b), *idem*].

Aquel debate ha mutado en parte a la luz del DNU 367/2020, cuyas reglas imponen —para el cabal entendimiento de sus alcances y limitaciones— ciertas precisiones sobre el sistema donde se implantan.

IV.1. Accidente de trabajo. Subitaneidad y violencia en la causa

Como es harto sabido, tradicionalmente y desde antiguo se ha sostenido que en el accidente la causa se manifiesta de un modo súbito y violento, criterio con el cual se lo distingue de la enfermedad, que generalmente nace de una causa lenta y durable. Es decir que, en rigor y desde la acepción jurídica, las enfermedades se distinguen de los accidentes por la progresividad de su aparición.

La doctrina es extensa al respecto, bastando con reiterar que la causa del accidente actúa en un espacio relativamente breve, mientras que la causa que provoca la enfermedad es de acción lenta y progresiva (6).

El apart. 1º del art. 6º de la LRT caracteriza al accidente como hecho súbito y violento. La *subitaneidad* es la limitación de un acontecimiento en un lapso relativamente corto; la *violencia* implica un acontecimiento susceptible de producir una lesión corporal (7).

Por ello, y aun en la terminología de la ley (que ha quedado perimida, pues entraña complicaciones en torno a ciertos supuestos de hecho), la infección por coronavirus puede constituir un accidente, ya que su contagio es instantáneo (no progresivo) y violento (pues causará daño, más allá de su exteriorización).

IV.2. Causalidad material y causalidad jurídica. Causa y ocasión

En el régimen especial, los daños causados tanto por los riesgos específicos propios (por el

hecho) como por los riesgos específicos impropios (el trabajo como condición) son considerados laborales y merecen reparación (8).

No es certero sostener que la vinculación causal no sea significativa para configurar el accidente y sí opere en materia de enfermedades. En ambos casos existe vinculación causal, pero sucede que el régimen de riesgos del trabajo otorga distinto tratamiento según el origen de la contingencia.

Es sabido que existen distintas teorías o criterios a partir de los cuales se define, jurídicamente, cuándo corresponde considerar que media una relación de causalidad entre un hecho y un daño.

Una de ellas es la teoría de la equivalencia de las condiciones, en función de la cual es suficiente que un acto haya integrado la serie de condiciones desencadenantes del efecto dañoso para que pueda juzgarse que lo causó (9). Es lo que ocurre en materia de accidentes del trabajo, donde obliga la “ocasión”, que se limita a favorecer la operatividad de la causa eficiente (10).

La obligación de resarcir el daño en ocasión se asienta en la indemnidad que se debe al trabajador, que no puede sufrir perjuicios en su persona durante el desempeño de su labor, del mismo modo en que no puede sufrirlo en sus bienes. La manda del art. 76 de la LCT es clara en tal sentido.

La cuestión no tolera distingos entre la lesión súbitamente adquirida y aquella que se instala de modo progresivo. En efecto, bien podría adquirirse una enfermedad por vía ocasional (existiendo en consecuencia relación de causalidad), sin que medien argumentos razonables para negar la reparación al dañado en aquellas circunstancias.

(6) PÉREZ, Benito, “La enfermedad ocasional como accidente indemnizable”, DT 1952-609; entre muchos otros.

(7) SACHET, Adrien, “Tratado teórico práctico de la legislación sobre los accidentes del trabajo y las enfermedades profesionales”, Ed. Alfa, 1947, t. I, p. 258.

(8) ANASTASI, Leónidas, nota al fallo “Colucci de Devoto c. Mullen”, JA III-112.

(9) GOLDENBERG, Isidoro, “La relación de causalidad en la responsabilidad civil”, Ed. Astrea, 1984, p. 20.

(10) ALTERINI, Atilio A., “Responsabilidad civil”, Ed. AbeledoPerrot, 1987, p. 139.

Ninguna diferencia existe entre el trabajador que contrae la lesión súbitamente y aquel que la adquiere lentamente. Dañados en situación de trabajo, ambos merecen reparación.

IV.3. La razón de la diferencia de tratamiento entre accidente y enfermedad

Cuando el derecho insiste en ceñirse a definiciones para abarcar situaciones que en la realidad pueden excederlas, es importante determinar cuál es el sentido de la existencia de aquellas.

En concreto: si la existencia de categorías tiene por fin, en nuestro caso, dejar daños injustos sin reparar o facilitar la prueba de los hechos que los han gestado.

Cuando el anexo I del dec. 658/1996 reconoce al VIH como agente en relación con los trabajadores de la salud, está colocando entre las “enfermedades” resarcibles al daño derivado de un virus que no se contagia por exposición prolongada o progresiva, sino por contacto (modo súbito). La idea se corrobora en el tratamiento que se otorga al sida en el baremo (anexo II del dec. 49/2014), donde se alude a lesión punzocortante sospechosa (que incluso puede no ser el único medio de contagio).

En el mismo sentido puede aludirse al dec. 1167/2003, mediante el cual se incorporan al listado de enfermedades profesionales como riesgos biológicos el hantavirus y el *Trypanosoma cruzi*. Presumiendo que si determinados trabajadores (rurales, laboratorios, de desinfección, de sanidad, etc.) contraen el síndrome hemorrágico con fiebre renal o síndrome pulmonar (en el caso del hantavirus) o el síndrome de Chagas, ello se debió a la exposición al agente de riesgo causada por su trabajo, sin necesidad de acreditar haber respirado aire contaminado con saliva de ratón infectado, o haber ingerido alimentos contaminados con orina, heces o saliva de aquél (en el hantavirus), o que una vinchuca hubiera depositado sus heces en la piel o mucosa del trabajador (en el caso del mal de Chagas).

Ello demuestra que la remisión a definiciones es insuficiente, pero, además, que la exis-

tencia de listados de enfermedades no obedece siempre a ese tipo de contingencia, sino a la necesidad de aligerar la prueba cuando ésta es dificultosa.

Es lo que ocurre en los casos mencionados, donde —salvo excepciones— resultará difícil acreditar el hecho y el momento concreto en que se contagió el trabajador, más aún cuando la presencia del virus en el organismo se refleja con posterioridad. Ello no obsta a que la contingencia podría encuadrar como accidente.

IV.4. Función del listado de enfermedades

Cuando el art. 6º de la LRT, en función de su art. 1º (que opera, a su vez, en relación con los arts. 14 bis y 19 de la CN), decide amparar a los dañados en “ocasión” de la tarea en materia de accidentes, inserta una regla que impone igual protección para los enfermos. Sólo así puede resultar coherente el sistema.

Si un trabajador muere súbitamente por la presencia de un riesgo, o fallece por la exposición continua a aquél, en ambos casos existe un daño injustamente sufrido y derechohabientes que no pueden ser discriminados por el mero hecho del origen o la catalogación de la contingencia.

De todo lo dicho se desprende que para el régimen de riesgos del trabajo la diferencia entre accidente y enfermedad profesional no puede jamás responder a la necesidad de rechazar prestaciones, sino a la de *presumir legalmente relaciones causales* cuando ello es dificultoso por el modo de adquisición de la dolencia.

Como advirtiera con insistencia la Organización Internacional del Trabajo, la función de una lista de enfermedades profesionales es la de “dispensar a los trabajadores pertenecientes a las profesiones e industrias enumeradas de la obligación de proporcionar la prueba de que han estado realmente expuestos a los riesgos de la enfermedad en cuestión” (11).

(11) Solicitud directa (CEACR), adopción: 2019, publicación: 109ª reunión CIT (2020), Argentina; Observación (CEACR), adopción: 2012, publicación: 102ª reunión CIT (2013); Observación (CEACR), adopción: 2007, publicación: 97ª reunión CIT (2008), entre otras.

En puridad, como indica Cornaglia, el verdadero problema no se encuentra en la existencia de los listados. Éstos siempre serán útiles para ir circunscribiendo la prueba de la causalidad laboral, pero la ley no puede adjudicarles un carácter hermético y hacer de ello la única forma de acceder a la prueba de las causalidades cuando se trata de enfermedades (12).

En definitiva, tal como enseña Deveali, resulta injusto otorgar o negar la indemnización por la invalidez o la muerte al distinguir entre las enfermedades expresamente previstas por ser las más frecuentes en una determinada rama de actividad y las que, si bien no se presentan con tal frecuencia, pueden explicarse como ocasionadas por el trabajo (13).

IV.5. El tratamiento ordinario de las enfermedades no listadas

A partir de la vigencia del dec. 1278/2000, el art. 6º de la ley 24.557 permitiría alcanzar cobertura para las enfermedades no incluidas en el listado, luego del paso por las Comisiones Médicas y sólo con efectos para el caso concreto, cuando aquéllas se determinen como “provocadas por causa directa e inmediata de la ejecución del trabajo, excluyendo la influencia de los factores atribuibles al trabajador o ajenos al trabajo” [inc. b) del apart. 2º].

En la misma norma se agrega que la petición fundada debe orientarse a demostrar la concurrencia “de los agentes de riesgos, exposición, cuadros clínicos y actividades con eficiencia causal directa” respecto de la dolencia [pto. I del inc. b), citado], adunándose que “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” [pto. II, inc. b), *idem*].

Es sabido que la relación de causalidad posee dos dimensiones temporales: desde el

daño hacia atrás —hacia el pasado— determina la autoría; desde el daño hacia adelante —hacia el futuro— señala la extensión del resarcimiento, dando lugar a las consecuencias indemnizables (14).

Cuando el art. 6º de la LRT, en el inc. b) de su apart. 2º, se refiere a las enfermedades “provocadas” por “causa directa e inmediata” de la ejecución del trabajo, se refiere al primer tramo de la relación causal.

La doctrina ha dicho que en estos casos (enfermedades profesionales no listadas) se requiere unicausalidad, mientras que para incluir enfermedades al listado podría mediar multicausalidad (afirmación consecuente con la eliminación del requisito de la capacidad de determinar “por sí” la patología, que por ello podría ser provocada al menos parcialmente por el empleo) (15).

El COVID-19 (reiteramos, si pretende otorgársele el tratamiento de enfermedad, posible en la lógica del sistema) para los trabajadores expuestos al riesgo en función de su actividad (cuestión que no se ciñe al personal de la salud, sino a un grupo más amplio de tareas) podría merecer tutela dentro del art. 6º, apart. 2º, inc. b), de la LRT, pues en la adquisición del virus existirá unicausalidad. Reiteramos que no cabe confundir los dos tramos de la relación causal, perteneciendo el contagio al primero, donde no inciden las eventuales dolencias previas (que podrán agravar o no las consecuencias).

Ello no importa negar la naturaleza del evento dañoso, sino operar dentro del método que asumió el propio legislador al otorgar tratamiento de enfermedad a los accidentes que acontecieron como en este supuesto.

Esto tiene importancia para los trabajadores que no pertenecen al área de la salud, y que por ende no se encuentran alcanzados por la presunción de causalidad del art. 4º del

(12) CORNAGLIA, Ricardo J., “Los daños extrasistémicos en la ley 24.557, las enfermedades y la inconstitucionalidad de esa norma”, LLBA 2002-1535.

(13) DEVEALI, Mario, “Lineamientos de derecho del trabajo”, Ed. TEA, 1948, ps. 365 y ss.

(14) MESSINA de ESTRELLA GUTIÉRREZ, Graciela, “Relación de causalidad y factores interruptivos en el Código Civil y Comercial”, RCyS 2015-IV-66.

(15) MAZA, Miguel Á. - CRUZ DEVOTO, Gabriela S. - SEGURA, Juan M., “Comentarios sobre el régimen de riesgos del trabajo”, Ed. Errepar, 2013, ps. 156-157.

dec. 367/2020. E incluso vale para dicha actividad luego de vencido el plazo de vigencia de aquélla.

Merece advertirse, aunque luego será objeto de tratamiento, que el citado dec. 367/2020 permite el amparo de los contagiados “en ocasión” del cumplimiento de las tareas desempeñadas. Esta solución corrobora —tal como ya hemos dicho— que la tutela del régimen especial no puede ceñirse a los dañados “por el hecho” del trabajo, pues igual damnificado es, en orden a la indemnidad que merece, el dañado “en ocasión” de la dependencia. En estos casos, dado que el art. 6° de la LRT (más allá del supuesto concreto del dec. 367/2020) no prevé explícitamente las enfermedades laborales (adquiridas en ocasión) pero no profesionales (es decir, no conectadas especialmente con una tarea o profesión), la cobertura puede buscarse allí por tres caminos:

1. Entender que el régimen especial tiene disposiciones incongruentes cuya aplicación distorsionada con los principios que la rigen es preciso superar mediante una interpretación armónica y conforme (art. 1°, Cód. Civ. y Com.) a las garantías constitucionales, en particular el derecho a una justa indemnización (16), principio que rige también en las leyes especiales (17). Ello considerando, entre otras circunstancias: En primer lugar, que no es lógico ni consecuente con el propósito de la ley (art. 1°, LRT) indemnizar a los accidentados en ocasión del vínculo y negar tutela a los enfermos en la misma circunstancia. En segundo término, que los objetivos reparatorios han sido refrendados al manifestar la intención de brindar una “reparación plena del daño”, una “cobertura justa, rápida y plena” y reparar con criterio de “suficiencia” (art. 1°, ley 26.773). En tercer lugar, que las eximentes (dolo y fuerza mayor extraña al trabajo) se establecen tanto para los accidentes como para las enfermedades (siendo la última de las eximentes citadas la antagonista de la ocasión). Todo ello sin olvidar que la Corte Suprema ha dicho,

(16) CS, 26/06/1967, “Provincia de Santa Fe c. Nicchi, Carlos A.”, consids. 4° y 5°, Fallos 268:112, 114.

(17) CS, 27/11/2012, “Rodríguez Pereyra, Jorge L. c. Ejército Argentino”, consid. 20, Fallos 335:2333.

en el propio marco del régimen especial, que al margen de los “criterios” del sistema de riesgos del trabajo referidos a agente de riesgo, cuadros clínicos, exposición y actividad, se impone analizar la procedencia del reclamo indemnizatorio cuando se tiene por probado que la dolencia en juego está causalmente vinculada con la prestación de servicios (18).

2. Considerar que la limitación es inconstitucional por contrariar el propio objetivo reparatorio que contempla la ley (art. 1°, LRT), lo que pone en evidencia la falta de adecuación del medio elegido con la finalidad de la ley, siguiendo la doctrina clásica de la Corte según la cual las normas son susceptibles de cuestionamiento constitucional “cuando resultan irrazonables, o sea, cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran o cuando consagran una manifiesta inequidad” (19).

3. Procurar la reparación plena del daño al amparo del derecho común, también en un todo conforme con la jurisprudencia de la Corte en “Silva c. Unilever” (20).

Triple alternativa, reiteramos, si se considerara que el coronavirus constituye una mera enfermedad laboral no profesional (por reconocerle conexión con la “circunstancia” laboral, pero entender que no llena la totalidad de los requisitos que impone el legislador en cuanto a los “factores” de las enfermedades profesionales), y ante el vencimiento del amparo del dec. 367/2020.

IV.6. Las eximentes o exclusiones de cobertura

Cuando el propio art. 6° de la LRT, en el inc. a) de su apart. 3°, regula las eximentes, lo hace conjuntamente y de modo único para los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales.

(18) CS, 14/08/2013, “Rivadero, Nicolás C. c. Liberty ART SA y otra”, Fallos 336:1202.

(19) CS, 28/12/1977, “Azar, Juan R. s/ información ley 10.996”, consid. 5°, Fallos 299:428, 430.

(20) CS, 18/12/2007, “Silva, Facundo J. c. Unilever de Argentina SA”, Fallos 330:5435.

Allí, luego de aludir al daño causado dolosamente por el trabajador, se refiere a la fuerza mayor extraña al trabajo.

Es sabido que las eximentes operan como antagonistas, pues hacen a la liberación del sindicado como responsable en la medida en que importan la negación o destrucción de alguno de los presupuestos que conforman la responsabilidad.

Cuando la ley reconoce a la fuerza mayor “extraña al trabajo” como supuesto admitido para enervar la relación causal, está reconociendo que si existe daño ocasional no cabe la eximición de responsabilidad. Es decir que, si el trabajo expone al dependiente a una situación de fuerza mayor, entonces ésta no puede considerarse extraña al trabajo.

Que se requiera fuerza mayor “extraña al trabajo” para eximir sólo tiene lógica si la causalidad se enhebra a partir de la ocasión, demostrando ello que esta última noción también es capaz de atrapar a las enfermedades.

V. El coronavirus y el derecho común

Es sabido que gran parte de los autores y de la jurisprudencia persiste en abreviar únicamente en las normas del Código Civil y Comercial, como si allí feneciera el derecho común pasible de ser aplicado en materia de daños.

De allí que, aun sin ingresar en la existencia de las obligaciones típicamente laborales que hacen relevante al daño en ocasión incluso en el plano de la ley común (laboral y civil), es interesante señalar que, para la tutela de los casos como los que ahora tratamos, el derecho civil se ha nutrido de los principios que el derecho del trabajo le brindara.

V.1. El riesgo de la actividad en función de las circunstancias

El art. 1757 del Cód. Civ. y Com. impone responsabilidad objetiva frente a “las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización”.

El Código asume allí un criterio amplio y admite el riesgo circunstancial de la actividad

desarrollada. El riesgo circunstancial es significativamente más amplio que el derivado de la naturaleza de los medios empleados. Tales medios empleados son tan sólo una de las circunstancias que pueden tornar riesgosa una actividad, pero en modo alguno asumen carácter excluyente. Existen otras circunstancias de tiempo, modo y lugar, que no son precisamente instrumentales y que razonablemente no pueden ser excluidas o tratadas de manera diferente. En definitiva, una actividad será riesgosa “por las circunstancias de su realización” cuando, no obstante no revestir de forma ordinaria un peligro regular o constante, las modalidades de tiempo, modo y lugar en que se desarrolla la tornan peligrosa .

Es lo que ocurre paradigmáticamente frente al coronavirus. La limitación que el Estado realiza a la libertad personal se funda en la protección de bienes superiores, como son la salud y la vida. Pero en paralelo exceptúa a determinadas actividades, calificadas de esenciales, que a su vez requieren —como es obvio— de la prestación de sus trabajadores.

Esta prestación, en definitiva, se lleva a cabo para contribuir al bien común, en clara y reconocida situación de riesgo. Médicos, enfermeros, trabajadores de servicios fúnebres y demás dependientes que han prestado servicios de modo presencial durante la pandemia (incluso en actividades que implican contacto con un gran caudal de gente) son expuestos al peligro.

El derecho del trabajo ha prestado auxilio al derecho civil para acabar de reconocer que el riesgo de la actividad también obliga. Por ende, mal podría sostenerse que aquello que el derecho común contempla, el derecho laboral lo niega.

El trabajador que contrae coronavirus en situación general de aislamiento cumple una actividad que es riesgosa en función de las circunstancias de su realización, sin perjuicio de que puede resultar peligrosa, además, por su propia naturaleza, en ciertos casos.

Por ello merece resarcimiento aun en la hipótesis en que se desconociera la tutela propia en el marco del régimen de riesgos del trabajo a cargo de la ART, e incluso la que es accesoria

de su contrato en función de la seguridad que le adeuda su empleador.

V.2. La inoperatividad de las eximentes

La relación causal que debe existir entre la acción y el daño en el derecho común también puede verse alcanzada por la presencia de factores extraños con idoneidad para suprimir o aminorar sus efectos. En el primer supuesto se configura una interrupción del nexo causal.

Fuera del hecho del propio damnificado, eximen el hecho de un tercero por el que no se deba responder (cuando reúna los caracteres del *casus*) y el caso fortuito, pero no cuando este último constituye una contingencia propia del riesgo de la actividad [art. 1733, inc. e), Cód. Civ. y Com.]. Es decir que el suceso debe ser totalmente ajeno al riesgo de la actividad, y no conexo o inherente a dicho riesgo, ya que si está dentro o es propio de aquél no será, por ende, extraño o ajeno al responsable (de allí que no sea imprevisible). En tales casos el daño aparecerá como consecuencia previsible de la acción encomendada al dependiente. En definitiva, si la actividad riesgosa opera como factor objetivo de atribución de responsabilidad, en la medida en que el accionar de un tercero o el caso fortuito integran el riesgo propio de la tarea asignada al dependiente, ese accionar no puede operar al mismo tiempo como eximente de responsabilidad.

V.3. La responsabilidad civil de las aseguradoras

La posición en la que el contrato y la ley colocan a las ART las convierte en responsables concurrentes de la reparación plena cuando se acredite que el daño se ata a la omisión de la prevención eficaz.

Aquel deber no emerge únicamente de la ley 24.557 y tampoco nace a partir del dec. 367/2020, sino que opera aun en ausencia de normativa específica y de modo más amplio, a partir de los arts. 1710 y ccds. del Cód. Civ. y Com. Esta disposición impone a “toda persona” y en cuanto de ella dependa adoptar las medidas razonables para evitar que se produzca un daño.

La posición de las aseguradoras en la emergencia es clara, a punto tal que la propia Superintendencia de Riesgos del Trabajo ha impuesto medidas que, aun ligeras, develan la patente obligación de accionar que les cabe y que no se ciñe a aquellas disposiciones coyunturales (sino que encaballa en toda la normativa anterior, especial y común, e incluso en las directrices jurisprudenciales existentes).

VI. Las presunciones en orden al nexo causal

El nexo causal es el enlace material entre un hecho antecedente y un resultado (daño), que es conocido como vínculo material. La reelaboración a nivel jurídico de dicha conexión conduce a la relación de causalidad. Aquí, la dificultad probatoria que en otros aspectos también alcanza a las víctimas justifica la aparición de nuevas teorías que tienen en cuenta la situación de quien ha sufrido un daño injusto y buscan alivianar su situación (21).

La cuestión tiene especial valor en orden a la situación que tratamos: si las prestaciones laborales presenciales se encuentran restringidas en función del peligro que entrañan, y determinadas actividades generan una exposición evidente al mismo riesgo, resulta lógico concluir que es diabólico exigir a la víctima la prueba concreta del “hecho” que la dañó, cuando se trata de un virus que actúa sin visibilidad. El análisis del nexo causal debe realizarse en el contexto del medio ambiente y las condiciones de trabajo en que se desarrollan las tareas de quien ha contraído el virus.

Por ello es relevante advertir que aun por fuera de la presunción legal que consagra el dec. 367/2020 operarían las presunciones *hominis*. Es decir, presunciones judiciales de causalidad, construidas en cada caso sobre la base de la prueba de indicios graves, precisos y concordantes que convenzan al juez de la existencia

(21) TANZI, Silvia - PAPILLÚ, Juan M., en BUERES, Alberto (dir.), “Código Civil y Comercial. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, Ed. Hammurabi, 2018, t. 3-F, ps. 313 y 330.

de una relación de causalidad de la que no hay prueba directa (22).

Indica González Zavala que la prueba de la causalidad presenta la particularidad de que, como generalmente la víctima es extraña al origen de sus daños, la demostración de tal extremo no es fácilmente accesible, y de allí la importancia de poner de relieve otros hechos distintos, indicios idóneos a los fines de lograr el convencimiento sobre la existencia o las particularidades de extremos difíciles de comprobar, pero que se reputan sucedidos según el curso natural y ordinario de las cosas (23).

En el caso concreto del coronavirus, la naturaleza riesgosa de las actividades en función de las circunstancias inserta la cuestión en los términos del art. 1757 del Cód. Civ. y Com., como ya advertiéramos. Hallándose allí el trabajador en situación de riesgo y daño latente, jamás puede exigírsele que acredite cuál ha sido la persona o el elemento de trabajo que lo contagió.

En síntesis: la aplicación de presunciones judiciales no releva al actor de su carga probatoria, pues a él compete acreditar la existencia de los indicios sobre cuya base se elaborará la presunción. Esos indicios, en el contexto reseñado, serán precisos, graves y concordantes. Y más aún: sin entrar en las diferencias sutiles entre el hecho evidente, las máximas de la experiencia y el hecho notorio, son múltiples las herramientas que impedirán al accionado atrincherarse en la mera negativa (más allá de la valoración que puede, además, merecer esa conducta —art. 163, inc. 5º, Cód. Proc. Civ. y Com.— y de la carga de arrimar pruebas que puede imponérsele sin invadir el terreno del art. 1735 del Cód. Civ. y Com., que se refiere únicamente a la prueba de la culpa).

Finalmente, y como adición, cabe recordar que el art. 9º de la LCT (texto modificado por ley 26.428) establece con contundencia que en caso de duda “en la apreciación de la prueba en los casos concretos, los jueces o encargados de

aplicarla se decidirán en el sentido más favorable al trabajador”. Como se advierte, la norma no está referida sólo al juez interviniente en el proceso judicial, sino que atrapa también —a modo de ejemplo— al intérprete respectivo de la Comisión Médica en el proceso administrativo.

VII. El reconocimiento oficial del riesgo biológico

Existen diversos instrumentos emanados del Estado en el marco de la pandemia, previos al dictado del DNU 367/2020, que corroboran que el coronavirus constituye un riesgo del trabajo.

La res. 29/2020 del Ministerio de Trabajo ha impuesto a las ART la obligación de informar medidas de prevención específicas a todos sus empleadores afiliados. Los considerandos de la resolución aluden a la reducción de la siniestralidad y a la obligación de las aseguradoras de prevenir eficazmente los riesgos del trabajo.

El dec. 315/2020 ha otorgado a los profesionales, técnicos, auxiliares y ayudantes que presten servicios en forma presencial y efectiva en instituciones asistenciales abocadas al manejo de casos relacionados con la pandemia una asignación estímulo. En los considerandos del decreto, el presidente de la Nación hace referencia a la “exposición al riesgo” de contagio.

La disp. 5/2020 de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo ha aprobado documentos relativos a los trabajos exceptuados del cumplimiento del aislamiento obligatorio y los elementos de protección personal, e incluso recomendaciones para el desplazamiento desde y hacia el trabajo.

Todo ello implica que se presenta la peligrosidad a la que alude incluso el derecho común, pues se imponen deberes expresos de seguridad que ponen en evidencia, implícitamente, ese carácter riesgoso (24).

VIII. La cobertura en el marco del DNU 367/2020

Con fecha 13/04/2020, el Poder Ejecutivo ha dictado el DNU 367/2020, en el marco de la

(22) PICASSO, Sebastián, en LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), “Código Civil y Comercial comentado”, Rubinzal-Culzoni Edit., 2015, t. VIII, p. 466.

(23) GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo M., “La prueba del nexa causal”, Revista de Derecho de Daños, 2003-2, p. 99.

(24) PIZARRO, Ramón D., “Responsabilidad civil...”, ob. cit., p. 1.

emergencia y ante la inactividad del Congreso, reconociendo para el coronavirus una particular mecánica de cobertura dentro del régimen especial.

Los términos del decreto corroboran lo que venimos exponiendo: la imposibilidad de ceñirse obcecadamente a definiciones de “accidente” o “enfermedad”, cuando lo que interesa es la existencia de un siniestro laboral; la relevancia del régimen de la relación causal y la importancia de las presunciones al respecto; la obligación de resarcir a partir del daño por el hecho del trabajo como así por la mera ocasión laboral, entre otras conclusiones que se extraen de su texto y que refrendan las nociones que volcamos en este aporte.

Teniendo presente ello, se impone desarrollar el sistema particular diseñado por el DNU 367/2020 para operar frente al coronavirus en materia de riesgos del trabajo:

a. Entre las posibles vías de ingreso contempladas por el régimen para otorgar cobertura, el Poder Ejecutivo opta en la urgencia por fomentar la vía del art. 6.2.b) de la LRT, prevista originalmente para dar cobertura a enfermedades profesionales no listadas que se declaren resarcibles en cada caso concreto.

b. La denuncia debe ser acompañada del correspondiente diagnóstico confirmado emitido por una entidad “debidamente autorizada” (circunstancia que debiera surgir de la reglamentación).

c. Las aseguradoras no podrán rechazar la cobertura inicial de estas contingencias, de modo que deberán adoptar los recaudos necesarios para que, al tomar conocimiento de la denuncia del infortunio laboral, la trabajadora o el trabajador damnificado reciba, en forma inmediata, las prestaciones previstas en el régimen.

d. En conexión con lo señalado en el apartado precedente, es medular advertir que el decreto establece dos tipos de presunciones:

1. En el art. 1º se presume que la enfermedad COVID-19 producida por el coronavirus (SARS-CoV-2) constituye “una enfermedad de carácter profesional —no listada—”, en favor de todos los

trabajadores exceptuados del aislamiento social obligatorio que deben cumplir tareas durante la prohibición general. Esta presunción alcanza a los trabajadores cuya primera manifestación invalidante se produjera desde el 19/03/2020 y mientras rija la situación de aislamiento social y obligatorio. Se trata de una presunción transitoria, pues opera hasta que la Comisión Médica Central determine en definitiva el carácter de la patología. Hasta ese momento, se presume que la enfermedad tiene origen laboral y el trabajador cuenta con la cobertura de la ART bajo la figura de enfermedad no listada.

2. En el art. 4º, y con aplicación exclusiva a las trabajadoras y los trabajadores de la salud, se presume que la enfermedad COVID-19 producida por el coronavirus (SARS-CoV-2) “guarda relación de causalidad directa e inmediata con la labor efectuada”. Este universo de trabajadores, además del amparo de las presunciones de los arts. 1º y 4º del decreto, gozan de una ampliación temporal al respecto, puesto que aquéllas se aplican a los casos ocurridos incluso hasta 60 días después de concluida la vigencia de la emergencia pública sanitaria (ampliada por dec. 260/2020 y sus eventuales prórrogas). La manda del art. 4º del decreto constituye una presunción de causalidad enmarcada en los términos del art. 1736 del Cód. Civ. y Com.

e. En ambos casos la presunción rige hasta que se pronuncie la Comisión Médica Central, confirmándola o desechándola. La diferencia entre ambas radica en que, en la primera presunción (la general del art. 1º), su valor se asemeja al de una suerte de “cautelar”, y por ello en definitiva el trabajador debe acreditar (al momento de resolverse, en definitiva) el nexo causal directo e inmediato con el trabajo para confirmarla (aun cuando puede verse favorecido por una inversión probatoria). En la segunda presunción (la especial del art. 4º), no se requiere ese esfuerzo probatorio por parte de los trabajadores de la salud (presumiéndose el vínculo causal, que deberá en su caso ser enervado por el responsable).

f. La decisión sobre la prueba se le asigna a la Comisión Médica Central en forma originaria (modificándose el procedimiento ordinario para las enfermedades profesionales no listadas, donde interviene primero una Comisión

Médica jurisdiccional). A dicha Comisión se le otorga la posibilidad de invertir la carga de la prueba de la relación de causalidad a favor del trabajador (circunstancia importante en los casos generales donde no opera la presunción del art. 4º) cuando:

i) 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;

ii) 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. 1º del decreto (es decir, durante el aislamiento).

Frente a las premisas vertidas en apartados anteriores, pueden formularse las siguientes observaciones:

a. Era necesario que el Estado facilitara la cobertura de las prestaciones de la ley 24.557 a los trabajadores a quienes se obliga a trabajar aun en plena pandemia, máxime ante las voces doctrinarias que comenzaban a pronunciarse en contra de esa cobertura con las herramientas vigentes.

b. La solución del decreto es de coyuntura y no resulta óbice para sostener que el coronavirus debe incluirse en el listado de enfermedades profesionales, ampliando el rango de actividades comprendidas por la presunción y sin atarla a un prieto lapso temporal de contagio.

c. La mecánica que prevé el decreto no impide que se considere que el contagio por coronavirus constituye un accidente, se lo incluya en el listado de enfermedades (como apuntáramos) o incluso que se pueda presumir que es una contingencia resarcible en el caso concreto aun para los trabajadores no eximidos de la cuarentena, o a todos por igual luego del plazo de vigencia, cuando se demuestren (como lo indica el propio decreto, reconociendo la doctrina sobre la prueba indiciaria de causalidad) “otros hechos reveladores de la probabilidad cierta de

que el contagio haya sido en ocasión del cumplimiento de las tareas desempeñadas”.

d. El decreto confirma positivamente la vigencia del criterio de “ocasionalidad” como factor de imputación causal también en materia de enfermedades, aun las no listadas, y reconoce que los accidentes pueden merecer el tratamiento de enfermedades a los fines probatorios.

e. Las presunciones que establece el decreto recuerdan la forma en que ha sido enlistada la “fiebre amarilla”, referida a todos los trabajadores que han sido trasladados a brindar servicios a una zona endémica.

f. La cobertura que se brinda pareciera no alcanzar la fase diagnóstica de la enfermedad, dado que se requiere una denuncia que sea acompañada del estudio que confirma el diagnóstico realizado por una autoridad competente. Esta metodología puede ser objeto de cuestionamiento, ya que no puede cargarse al trabajador presuntivamente enfermo la obligación de obtener dicha certeza para denunciar.

g. Sin perjuicio de las presunciones y la inversión de la carga probatoria contempladas en el decreto, la Comisión Médica Central debe aplicar en los casos concretos la directiva que impone el art. 9º de la LCT (reforzada en el ámbito de la provincia de Buenos Aires por el art. 39.3 de la Constitución provincial) y resolver en caso de duda en favor del trabajador. Dicha manda, como expresa el citado art. 9º, no sólo se dirige al juez, sino a los “encargados de aplicar” la ley (situación que atrapa a los integrantes de la Comisión).

h. La situación que presenta el decreto reclama la decisión sobre cuestiones probatorias y de neto corte jurídico, muchas veces complejas, que exceden largamente a los médicos. Se corrobora aquí la improcedencia de la pretensión de sustituir a los jueces por los profesionales del arte de curar. Y agravia, además, profundamente a los trabajadores del interior del país en orden a la ubicación territorial de la Comisión Médica Central. La cuestión abre nuevos argumentos sobre la inconstitucionalidad del sistema procesal.

i. Resulta cuestionable que todos los casos, aun aquellos que no sean controvertidos por las ART, deban ser sometidos a decisión final de la Comisión Médica Central, lo que puede generar una elevada litigiosidad administrativa intrasistémica carente de sentido.

j. La decisión que adopte la Comisión Médica Central siempre será pasible de revisión judicial, ya sea por la vía de una apelación (donde pueden adunarse los cuestionamientos constitucionales en orden a la posibilidad de ofrecer prueba y reeditar cuestiones) o de una demanda ordinaria (en aquellas jurisdicciones que así lo prevén). Ninguna duda puede haber en torno a la necesaria intervención de la justicia para garantizar el derecho de defensa en juicio y la cabal resolución de un conflicto jurídico.

k. Cuando el decreto se refiere en su art. 4º a las trabajadoras y los trabajadores de la salud, no contempla sólo el personal médico, sino que involucra al complejo de personal técnico, auxiliar, operario, administrativo y profesional que brinda la asistencia sanitaria. Según la *Enciclopedia sobre Seguridad y Salud en el Trabajo* de la Organización Internacional del Trabajo (t. III, capítulo dedicado a los servicios), “el sector de la asistencia sanitaria es intensivo en mano de obra y, en la mayoría de los países, sus trabajadores constituyen un segmento importante de la población activa y realizan una gran variedad de labores técnicas, profesionales y auxiliares en muy diversos entornos. Además de personal sanitario, técnicos de laboratorio, farmacéuticos, trabajadores sociales y otros especialistas clínicos, el sector emplea personal administrativo, de limpieza, restauración y lavandería...” (25).

l. La prueba de “la imprescindible y necesaria relación de causalidad directa e inmediata de la enfermedad denunciada con el trabajo” que enuncia el decreto en el párr. 1º de su art. 3º se refiere en realidad a la prueba de la exposición del trabajador al riesgo biológico del coronavirus SARS-CoV-2, en su medio ambiente laboral o en ocasión de sus tareas, pues no puede exigirse

sele la prueba diabólica acerca del momento y la acción precisa mediante la cual ese virus ingresa a su organismo.

Se reitera que la cobertura del DNU 367/2020, limitada temporal y subjetivamente, no obsta a la posibilidad de atrapar la problemática a la luz de los principios generales desarrollados en este aporte, que por ello cobran importancia a los fines de amparar a las trabajadoras y los trabajadores que no puedan hallar respuesta en el marco ceñido del decreto.

IX. Las consecuencias indemnizables en ambos sistemas

Debe tenerse presente también, en el juego de las acciones posibles, que diversos son los enfoques a partir de los cuales los daños son resarcidos en el marco del régimen especial y del derecho común.

La aprehensión del virus y sus consecuencias por el sistema de riesgos del trabajo importa que se encuentra a cargo de la aseguradora el otorgamiento de prestaciones en especie (atención médica, de vital importancia en el contexto) y el pago de las dinerarias (aun durante el período de incapacidad temporaria). La incapacidad definitiva se establecerá de acuerdo con el baremo (pasible, a su vez, de cuestionamientos en la medida en que implique desconocer en los hechos el resarcimiento a daños asumidos por el sistema o aquella asunción sea inconstitucionalmente irrazonable).

En el derecho común, las consecuencias indemnizables son las que repercuten en el patrimonio y fuera de él desde que el daño (más allá de su naturaleza transitoria o definitiva) acaece. De allí que corresponde la indemnización de consecuencias no patrimoniales aun en ausencia de incapacidad psicofísica definitiva.

La distinción no es menor, como tampoco lo es la posibilidad de tornar indiferentes las concausas o irrelevantes las predisposiciones, análisis que excede este trabajo pero que sí impone advertir que, nuevamente, aquí la ley especial contiene disposiciones incongruentes. En efecto, se aplica la indiferencia de la concausa en materia de accidentes de trabajo y enfermeda-

(25) Véase www.insst.es/documents/94886/161971/Cap%C3%ADtulo+97.+Centros+y+servicios+de+asistencia+sanitaria.

des profesionales listadas (26), pero se realiza una discriminatoria exclusión cuando se trata de enfermedades profesionales que se incluyen por la vía individual del dec. 1278/2000.

Esa diferenciación, violatoria de la igualdad de trato que merecen los damnificados, es, además, inconsecuente con los principios que rigen en el derecho común. En efecto, la ley especial pretende, en la hipótesis citada [art. 6º, apart. 2º, inc. b), ley 24.557] excluir incluso las consecuencias mediatas previsibles, que en el marco del Código Civil y Comercial serían indemnizables (art. 1726, Cód. Civ. y Com.). Es impropio sostener que un trabajador incluido en el llamado “grupo de riesgo” (res. MTEySS 207/2020) vea mermado su derecho indemnizatorio cuando justamente en el marco del contrato de trabajo se exagera el deber de prever las consecuencias en función de la protección que merece el dependiente (art. 75, LCT).

En concreto, resulta un contrasentido que la ley especial pretenda excluir las consecuencias concausadas en materia de enfermedades no listadas mientras que las interpretaciones de avanzada en el derecho común reconocen que, si la predisposición de la víctima no se traducía con anterioridad al hecho ilícito en un grado de incapacidad concreto, corresponde en principio reparar la totalidad del daño que aquella experimenta (27).

En conclusión, de tratarse de un trabajador predisuesto a agravar el daño, se impone el cuestionamiento del sistema o la acción común. Ello, se reitera, pues aquí podría un intérprete desprevenido, y de acuerdo con la naturaleza que se reconozca a la contingencia, pretender tratar peyorativamente a aquel trabajador que se halla dentro del llamado grupo de riesgo que presta tareas y se contagia el virus en el marco del contrato de trabajo, y que por ello padece un daño superior.

X. Conclusiones

De todo lo expuesto se colige, entre otras conclusiones:

(26) MAZA, Miguel Á. - CRUZ DEVOTO, Gabriela S. - SEGURA, Juan M., “Comentarios sobre el régimen...”, ob. cit., ps. 138-157.

(27) PICASSO, Sebastián, “Predisposiciones de la víctima y relación causal”, LA LEY, 2019-E, 749.

a. El coronavirus demuestra el tratamiento asistemático que padecen las llamadas contingencias en el marco del sistema especial. Ello impone el reconocimiento de la existencia de un derecho de daños laborales, articulador de las disposiciones a la luz de los principios que rigen el derecho de daños en general y de los laborales en particular, con respeto de las directrices constitucionales.

b. El derecho no tolera que los daños injustamente sufridos se carguen a las víctimas sin resarcimiento. La manda del art. 19 de la CN es clara en tal sentido, y su vigencia se refrenda en estos casos, donde se encuentran en juego la salud y la vida de sujetos que merecen tutela preferente (art. 14 bis, CN). Por esa razón, consideramos que las normas infraconstitucionales no pueden conducir a laberintos interpretativos que dejen sin reparar un infortunio laboral — por el hecho o en ocasión del trabajo—, a mérito del debate sobre si constituye un accidente o una enfermedad, si tiene nexos directos o indirectos, o si causa daños inmediatos o mediatos.

c. La diferencia entre accidentes y enfermedades que efectúa la ley 24.557 requiere una interpretación “conforme”, esto es, una interpretación del texto legal acorde con la Ley Fundamental (28). Se trata de un dispositivo práctico de rescate de las normas que podrán permanecer como válidas en tanto y en cuanto se seleccionen para aplicarlas sus interpretaciones posibles “conformes” (adaptativas) con la norma superior y se descarten las interpretaciones conflictivas (29).

d. Son accidentes los hechos súbitos y violentos, y enfermedades aquellas que se adquieren de modo progresivo. El listado de enfermedades profesionales que es accesorio a la LRT abarca enfermedades e incluso en su seno contempla accidentes que por su modo de provocarse son de prueba dificultosa.

e. La ley 24.557 recoge la vigencia de la teoría de la equivalencia de las condiciones para anu-

(28) CS, 27/11/2012, “Rodríguez Pereyra, Jorge L. c. Ejército Argentino”, Fallos 335:2333.

(29) SAGÜES, Néstor, “El control de convencionalidad, en particular sobre las Constituciones Nacionales”, LA LEY, 2009-B, 761.

dar el vínculo causal. Por ello, reconoce a la ocasión del trabajo para obligar a responder y a la fuerza mayor extraña a aquél para eximir de responsabilidad.

f. La ocasión no opera sólo en caso de accidentes, sino que también lo hace en las enfermedades cuando aquéllas no son producidas por el hecho mismo del trabajo, sino que se adquieren en mera circunstancia laboral. El texto del DNU 367/2020 corrobora lo expuesto.

g. El contagio de coronavirus puede merecer el tratamiento de accidente de trabajo, contemplarse en el listado de “enfermedades profesionales” (que, como se demostrara, ampara daños causados por accidentes a efectos de presumir la relación causalidad), incluirse en los casos concretos dentro de la categoría de las citadas enfermedades o merecer tratamiento de enfermedad laboral no profesional (si se decidiera considerarlo como tal y atarlo a la ocasión y no al hecho del trabajo).

h. El DNU 367/2020 crea una nueva categoría dentro de las contingencias, pues otorga al coronavirus el tratamiento de una enfermedad profesional no listada, pero concediendo presunciones a los dañados por aquél: una primera presunción transitoria, que alcanza a todos los contagiados e impide el rechazo por la aseguradora hasta que se expida la Comisión Médica Central; una segunda presunción, que abarca a los trabajadores de la salud y enerva la carga de acreditar la relación causal. El decreto también admite la reparación de los dañados en ocasión, demostrando que lo que merece resarcimiento es el daño en circunstancia laboral, pues a ello se ata la indemnidad.

i. Por lo expuesto sintéticamente en los apartados precedentes y desarrollado en los títulos de este aporte, la vía del decreto no impide a los damnificados no amparados por aquél, o cuyo trato les resulte perjudicial, acudir a las otras herramientas que otorga el sistema o a las acciones que confiere el derecho común.

j. El coronavirus puede provocar daños materiales y extrapatrimoniales a ser resarcidos en el

marco del derecho común, con base en acciones típicamente laborales (como aquellas fundadas en la obligación de seguridad ínsita en el contrato, entre otras) y también con fundamento en normas del Código Civil y Comercial (arts. 1757 y ccds.). En este último caso, la responsabilidad es objetiva en función de su naturaleza o de las circunstancias, según la actividad de que se trate. Ello sin perjuicio de la responsabilidad subjetiva que puede emerger, por existencia de culpa, con posibilidad de dinamizar la carga de la prueba (art. 1735, Cód. Civ. y Com.). Y sin dejar de considerar que la aseguradora puede ser civilmente responsable, de acuerdo con profusa jurisprudencia vigente.

k. Cabe diferenciar en el sistema especial de riesgos del trabajo, al igual que en el derecho común, entre los dos tramos de la relación causal. Si el contagio de coronavirus se reputara accidente de trabajo o enfermedad profesional listada, se aplicaría sin necesidad de planteos adicionales la indiferencia de la concausa. Si se lo considera enfermedad profesional no listada pero resarcible en el caso concreto o enfermedad meramente laboral, la indiferencia opera por la vía de postular la inconstitucionalidad de la discriminación en el alcance de las consecuencias indemnizables en unas y otras contingencias.

l. En materia de derecho común son indemnizables las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles (art. 1726, Cód. Civ. y Com.). Si la predisposición de la víctima no se traducía con anterioridad al hecho ilícito en un grado de incapacidad concreto, corresponde en principio reparar la totalidad del daño que aquélla experimenta.

En síntesis, el contagio por COVID-19 y los daños consecuentes pueden ser aprehendidos tanto desde el régimen especial como desde el derecho común, interpretando coherentemente las reglas y los principios que rigen en cada uno de los sistemas. Sólo así se garantiza una protección razonable, acorde a la doctrina del riesgo y a la situación que se transita, con resguardo de los postulados constitucionales.

Los riesgos del trabajo de los trabajadores plataforma-dependientes durante el coronavirus

Liliana H. Litterio (*)

Sumario: I. Introducción.— II. El trabajo callejero en crudo en los tiempos actuales.— III. Los riesgos del trabajo callejero.— IV. Acotada reflexión final.

I. Introducción

Al primer artículo que escribimos sobre el tema relativo a los trabajadores plataforma-dependientes durante la pandemia de coronavirus lo calificamos como un “artículo de emergencia”. Este también lo es, todavía más que el anterior.

Los repartidores “a pedido” a través de aplicaciones digitales parecen “invisibles” para la legislación, excepto para el DNU 297/2020 (publicado en el BO del 20/03/2020) y sus normas complementarias, sobre todo, la dec. adm. 429/2020 del Jefe de Gabinete de Ministros (publicada en el BO del 20/03/2020), que reconocieron y declararon que la tarea que cumplen es *esencial*.

Aunque parecen integrar una “masa” indiscriminada de repartidores de productos a domicilio (discriminada, por cierto, en muchos sentidos), es preciso reparar en que tienen nombres e historias propias; por ejemplo, se trata de Josmir, Alexander, Jesús, Romel, entre muchísimos otros. La mayoría son varones y extranjeros.

(*) Abogada graduada con Diploma de Honor (UCA). Doctora en Derecho (UBA). Profesora de la Maestría en Derecho del Trabajo (UBA). Profesora de las Especializaciones en Derecho de Trabajo y en Derecho de Familia de la UBA y de la UCA. Profesora Adjunta Regular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Carrera de Grado de la UBA. Investigadora en materia de trabajo infantil y adolescente.

También ellos tienen miedo a contagiarse de coronavirus, igual que todos nosotros, pero al mismo tiempo sienten temor de perder su vivienda y no tener dinero para comer.

Evidentemente, trabajan porque lo necesitan. Pero también porque el Estado los necesita; todos en algún momento los necesitamos, atento a que cumplen una tarea social que resultó ser tan necesaria hasta el punto de ser declarada “esencial” por las normas en juego.

Por eso también las empresas que los contratan sin lugar a dudas prestan un servicio esencial a la población.

A la situación laboral general de estos trabajadores durante la pandemia del coronavirus recientemente la hemos tratado en otro lugar, al que remitimos al lector (1).

En estos momentos, entendemos que los riesgos en el trabajo que corren estos trabajadores en las calles, tal como lo anunciamos en esa oportunidad, constituye un tema crucial.

Ahora, en este breve comentario, pretendemos acercarnos más a ese aspecto puntual.

(1) LITTERIO, Liliana H., “Los trabajadores plataforma-dependientes durante el coronavirus”, LA LEY, cita online: AR/DOC/933/2020.

II. El trabajo callejero en crudo en los tiempos actuales

Tal vez lo que en épocas “normales” a unos cuantos no les llamaba la atención de la modalidad de trabajo de los plataforma-dependientes, en tiempos de coronavirus, por lo menos para algunos, las cosas parecen haber cambiado.

De hecho, medios públicos de información han entrevistado a repartidores.

Esta es la forma de experimentar en la calle en qué condiciones cumplen su labor esencial para la sociedad. De ese modo ha quedado en evidencia lo que sabemos: trabajan en condiciones riesgosas.

Durante el relato, una cantidad de repartidores se agolpaban en las puertas de los comercios. Todos querían escuchar cuando eran llamados. En la escena descrita había repartidores de Rappi, Glovo y PedidosYa, indistintamente.

Dicen que siguen un protocolo: deben tener el permiso y evitar el contacto. Particularmente en el caso de Rappi, un repartidor hace público que para retirar el pedido del local están todos juntos para poder escuchar a quién llama el comerciante y esperan incansablemente hasta dos horas, espacio-tiempo durante el cual muchas veces los consumidores cancelan el pedido. La demora obedece a que en los locales comerciales hay menos empleados, por ejemplo, en los *deliveries* donde había 10 hay 3 empleados, motivo por el cual demoran mucho las entregas.

En Rappi deben recibir los pedidos de comestibles en bolsas selladas, en la puerta de los comercios, sin acercarse a quienes los entregan.

Si les roban la mercadería asumen las deudas y, según manifestaciones del repartidor entrevistado en la oportunidad, por los pedidos cancelados por demora les queda una deuda a ellos (algunos ya tendrían \$6.000 o \$7.000 de deuda acumulada).

Para entregar el pedido a los consumidores, según dicen, tienen que colocar la mochila y sobre ella el producto, permaneciendo a un metro de distancia de la persona que lo recoge y des-

pués ellos levantan la mochila y se retiran del lugar (2).

Algunos aseguran que, en caso de sufrir un accidente, deben arreglárselas solos. Y ahora, en tiempos de “cuarentena”, deben comprarse sus barbijos, sus guantes y el alcohol en gel.

Uno de ellos afirma realizar un promedio de 30 pedidos por día. Y que en varias jornadas supera los cien kilómetros diarios, siempre arriba de su bicicleta. Sin embargo, asegura que la propina sigue siendo la misma que antes del decreto que declaró a su actividad como “esencial” (en abril de 2020 el promedio era de 15 pesos por pedido). Reconoce que cada tanto algún cliente le entrega un importe superior y valora el gesto porque esa colaboración lo ayuda con los gastos de los tres pares de guantes y los tres barbijos que usa por día.

Agrega que, aunque a veces los consumidores no los felicitan o no les dan propina, los repartidores están orgullosos de lo que están haciendo (3).

En definitiva, están sirviendo a la comunidad a costa de sus vidas.

III. Los riesgos del trabajo callejero

Como dijimos, ya nos hemos ocupado de las vicisitudes y las reglas en materia laboral respecto de los repartidores en esta época de crisis sanitaria aguda.

En ese momento advertimos que, si nos centramos en los riesgos biológicos que la actividad que estos trabajadores desarrollan entraña (en sentido amplio), parecería que algo habría que hacer.

En verdad, había que hacer algo por todos los trabajadores que ponen en riesgo su salud y en

(2) TN (Todos Nosotros), transmisión en directo desde la Av. Cabildo de la CABA, 11/04/2020, 23.15 horas.

(3) GALLOTTA, Nahuel, “Coronavirus en Argentina: la historia de Josmir, uno de los miles de repartidores low cost que hoy se volvieron esenciales”, 11/04/2020, disponible en: https://www.clarin.com/sociedad/coronavirus-argentina-historia-josmir-miles-repartidores-low-cost-hoy-volvieron-esenciales_0_LEZYMMay9.html, consultado el 14/04/2020.

juego su vida por trabajar, con el fin de realizar actividades declaradas esenciales, hallándose excluidos mediante dispensa legal del cumplimiento del aislamiento social, preventivo y obligatorio.

Maza rescata la rápida respuesta estatal ante este nuevo y gravísimo problema, consumada a través del DNU 367/2020 (publicado en el BO del 14/04/2020), pero cree que es pasible de crítica la complejidad de la solución que adopta, sobre todo por cuanto, a su entender, existía un camino sistémico, racional y, sobre todo, más sencillo (4).

El decreto mencionado, en sus considerandos, deja en claro que merecen prioritaria protección aquellos trabajadores que, debidamente identificados e identificados por sus empleadores, se encuentren desarrollando actividades laborales determinables, consideradas previamente esenciales por el art. 6º del dec. 297/2020 o en sus normas complementarias y que se hallen prestando tareas durante ese período de aislamiento y, en el caso del personal de salud, también una vez finalizado este, mientras se encuentre vigente la emergencia sanitaria.

A continuación, nos limitamos a referir el contenido de las disposiciones del decreto en forma muy resumida.

Ante todo, la medida considera la enfermedad COVID-19, producida por el coronavirus (SARS-CoV-2) presuntivamente como una enfermedad de carácter profesional —no listada— en los términos del art. 6º, inc. b), apart. 2º, de la ley 24.557 (art. 1º). Para los trabajadores de la salud el decreto introduce una disposición específica (art. 4º), que no es del caso analizar ahora (5).

(4) MAZA, Miguel Á., “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”, disponible en <https://www.aadyss.org.ar/documentos.php?anio=2020>, consultado el 15/04/2020. El autor analiza el contenido del decreto.

(5) Al respecto puede verse, SEREN NOVOA, Guido, “Listar o no listar, esa es la cuestión (Apresuradas reflexiones a partir de un Decreto de Necesidad y Urgencia)”, disponible en <https://www.aadyss.org.ar/documentos.php?anio=2020>, consultado el 15/04/2020.

Asimismo, establece que las aseguradoras de riesgos del trabajo no pueden rechazar la cobertura de las contingencias previstas en el mencionado art. 1º, debiendo adoptar los recaudos necesarios para que, al tomar conocimiento de la denuncia del infortunio laboral acompañada del correspondiente diagnóstico emitido por la entidad autorizada, el trabajador damnificado reciba las prestaciones previstas en la ley 24.557 (art. 2º).

La determinación definitiva del carácter profesional de la mencionada patología se deja a cargo de la Comisión Médica Central (art. 51 de la ley 24.241), la que debe entender originariamente a efectos de confirmar la presunción atribuida en el art. 1º del decreto en consideración y proceder a 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.

Más aún, esa Comisión puede 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 (art. 3º).

Las disposiciones del decreto en consideración se aplican a aquellas contingencias cuya primera manifestación invalidante se haya producido a partir de la entrada en vigencia de su similar 297/2020 (art. 7º).

La norma faculta a la Superintendencia de Riesgos del Trabajo (SRT) y a la de Seguros de la Nación a dictar todas las medidas complementarias y aclaratorias que sean necesarias en el marco de sus competencias (arts. 5º y 6º).

Hasta la terminación de este artículo no hemos tenido conocimiento del dictado de normas derivadas del decreto de referencia, que puedan relacionarse con la materia puntual que aquí nos interesa.

No es necesario detallar que los repartidores están sometidos permanentemente a graves riesgos, en todos los ámbitos en los que se mueven en la calle, hoy en día más que nunca.

Los padecen sobre todo en las puertas de los comercios o de los domicilios particulares, lugares donde siempre están en contacto con gente, en mayor o menor medida, pero están en contacto.

Sin embargo, carecen de la cobertura de aseguradoras de riesgos de trabajo. Ello, atento al inexplicable carácter precario de la relación que los une a las empresas para las cuales trabajan, a pesar de que el vínculo es claramente dependiente.

Por lo tanto, no se encuentran alcanzados por la protección del nuevo decreto, en tanto no están regularizados por las empresas para las cuales trabajan.

Si repasamos brevemente el art. 28 de la ley 24.557, referente a la responsabilidad por omisiones, en lo que aquí nos interesa, en su apart. 2º establece que, si el empleador omitiera declarar su obligación de pago o la contratación de un trabajador, la aseguradora de riesgos de trabajo debe otorgar las prestaciones y puede repetir su costo del empleador.

No hay duda, entonces, de que, aunque los repartidores no están inscriptos en el sistema de seguridad social correspondiente al trabajo dependiente (en tanto, son monotributistas por exigencia de las empresas), el empleador puede resultar igualmente responsable por los accidentes y las enfermedades del trabajo que la ley 24.557 y sus normas modificatorias y complementarias cubren. Pero, para eso es imprescindible que el trabajador (o, en su caso, sus derechohabientes), denuncien el siniestro ante la aseguradora de riesgos del trabajo a la que se encuentren afiliados los dependientes que trabajan regularmente, quienes en general son los que realizan las funciones tecnológicas que permiten que se lleven adelante los repartos.

En definitiva, la aseguradora responsable sería aquella que se pruebe que es la que corresponde a los trabajadores debidamente re-

gistrados que trabajen en la planta interna de la empresa.

Si no existiera una aseguradora individualizada, o sea, si la empresa careciese de trabajadores regulares, será imposible la formalización de cualquier tipo de denuncia (6).

Todo esto, que es altamente dificultoso hasta en épocas que no son de coronavirus, en los momentos actuales parece sencillamente impracticable.

Por lo tanto, las autoridades deberían introducir soluciones prácticas a estas situaciones propias de la realidad cotidiana, en las que nos encontramos con el coronavirus disparado y los repartidores en las calles.

IV. Acotada reflexión final

Los repartidores precarizados hoy en día son esenciales para la sociedad. Ellos dependen de empresas dueñas de plataformas que de un día para el otro también se convirtieron en esenciales.

Debemos reconocer, como ya lo hemos dicho en otra ocasión, que estas empresas están cumpliendo una imprescindible función social de salud pública en tanto facilitan la llegada a los hogares de productos que las personas no podrían procurarse de otra manera.

Sin embargo, a los repartidores nadie los protege del coronavirus, a pesar de que distribuyen a domicilio alimentos, medicamentos, artículos de limpieza y todo lo que los integrantes de la sociedad que se encuentran en estado de aislamiento preventivo obligatorio o de enfermedad necesitan para vivir.

Todo esto, en su conjunto, debe ser apreciado y valorado tal como corresponde; no podemos mirar para otro lado.

(6) Toda la temática relativa a los riesgos del trabajo de los trabajadores "a pedido" a través de aplicaciones digitales la hemos analizado en, LITTERIO, Lilitiana H., "Los trabajadores plataforma-dependientes en la Argentina y en el mundo, ¿De la informatización al informalismo?, Trabajo 'a pedido' a través de aplicaciones de transporte y entrega de mercaderías a domicilio", Ed. La Ley, Buenos aires, 2020, ps. 169 y ss.

El servicio de los repartidores se declaró esencial porque realmente lo es, pero todavía no se reparó en que aquellos están absolutamente descubiertos contra los riesgos que implica la actividad que se les encarga.

Como dijimos en el artículo que más arriba mencionamos, en el contexto de riesgos inevitables de contraer o contagiar la enfermedad,

no cabe descuidar la salud de los trabajadores en juego. Habría que pensar en algunas normas básicas y elementales que permitan enfrentar esta crucial situación de emergencia con una cobertura que actualmente les falta porque están laboralmente precarizados.

Evidentemente, hay que hacer algo y pronto.

El DNU 367/2020 y el tratamiento del coronavirus en el sistema de riesgos del trabajo

Lucas Pereyra (*)

Sumario: I. Introducción.— II. La norma.— III. Conclusiones.

I. Introducción

El Boletín Oficial del día 14/04/2020 puso en vigencia **(1)** el decreto de necesidad y urgencia 367/2020, el cual reglamenta el tratamiento que deberán recibir las contingencias que sufran los trabajadores contagiados por la enfermedad COVID-19. Esta norma viene a cerrar algunos debates surgidos en el ámbito jurídico durante estos días de pandemia y, seguramente, generará nuevos debates no menos sustanciales.

II. La norma

En su art. 1º, el decreto de necesidad y urgencia declara que se considerará “presuntivamente como una enfermedad profesional —no listada— en los términos del apart. 2º, inc. b), del art. 6º de la ley 24.557” a la COVID-19 **(2)** “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 dec. 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 art. 4º del presente decreto”. Se aclara en el art. 2º del mismo marco normativo que las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo no podrán rechazar

la cobertura de las contingencias aludidas en el artículo anterior y que “...deberán adoptar los recaudos necesarios para que, al tomar conocimiento de la denuncia del infortunio laboral acompañada del correspondiente diagnóstico confirmado emitido por entidad debidamente autorizada, la trabajadora o el trabajador damnificado reciba, en forma inmediata, las prestaciones previstas en la ley 24.557 y sus normas modificatorias y complementarias” **(3)**.

Procedimentalmente, el art. 3º del DNU 367/2020 fija la competencia “originaria” de la Comisión Médica Central **(4)** para la “...determinación definitiva del carácter profesional de la mencionada patología...” y, en su caso, la confirmación de “...la presunción atribuida en el art. 1º 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 **(5)** del presente

(3) ¿Deberá tenerse entonces a la COVID-19 excluida del procedimiento de rechazo establecido por el art. 6º del dec. 717/1996?

(4) El sistema actual de Comisiones Médicas fue creado por la ley 24.241 para el entonces sistema de AFJP; con la disolución de éste, quedaron afectadas, primordialmente, al sistema de riesgos del trabajo.

(5) No obstante esta “delegación”, la segunda parte del artículo fija ciertas pautas, al señalar que “...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 tuvieran cercanía o posible contacto, o cuando se demuestren otros hechos reveladores de la probabilidad cierta de que el

(*) Abogado laboralista (UBA). Especialista en Derecho Laboral y maestrando en la Maestría en Derecho Laboral (UBA).

(1) Conf. art. 8º del citado decreto.

(2) Cuyo agente sería el coronavirus (SARS-CoV-2).

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 art. 1º.

Distinto al caso de las previsiones anteriores, en los casos de personal de la salud se considerará que **(6)** “...la enfermedad COVID-19, 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 art. 1º 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 dec. 260/2020, y sus eventuales prórrogas”.

El art. 5º establece que el financiamiento de las prestaciones que se otorguen en el marco de las contingencias previstas por el art. 1º serán imputadas en un 100% al Fondo Fiduciario de Enfermedades Profesionales, por un plazo de hasta “...sesenta [60] días después de finalizado el plazo de aislamiento social, preventivo y obligatorio establecido por los decs. 297/2020, 325/2020 y 355/2020” **(7)**, y sus sucesivas prórrogas.

contagio haya sido en ocasión del cumplimiento de las tareas desempeñadas en el marco referido en el art. 1º del presente”. La delegación propiamente dicha se encuentra en el art. 6º del decreto de necesidad y urgencia estudiado, al aclararse que se faculta “...a la Superintendencia de Riesgos del Trabajo (SRT) a dictar las normas relativas al procedimiento de actuación ante la Comisión Médica Central (CMC) y a dictar todas las medidas reglamentarias, complementarias y aclaratorias que sean necesarias en el marco de sus competencias”.

(6) Art. 4º, DNU 367/2020.

(7) El artículo, además, señala que “...Las normas complementarias y aclaratorias del presente decreto, emanadas de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo (SRT) o de la Superintendencia de Seguros de la Nación (SSN), en el marco de sus respectivas competencias, establecerán las condiciones y modalidades requeridas a los efectos del reintegro por parte del Fondo Fiduciario de Enfermedades Profesionales de erogaciones efectuadas en cumplimiento de lo prescripto precedentemente y garantizarán el mantenimiento de una reserva mínima

Finalmente, en cuanto al marco temporal, el decreto despeja cualquier duda al señalar que “...Las disposiciones de este decreto se aplicarán a aquellas contingencias cuya primera manifestación invalidante se haya producido a partir de la entrada en vigencia del dec. 297 de fecha 19/03/2020” **(8)**.

III. Conclusiones

Con base en la norma analizada, podremos sacar algunas conclusiones o, en todo caso, plantear nuevos interrogantes. El primer interrogante sería sobre la constitucionalidad de un decreto de necesidad y urgencia en estas circunstancias, debate resuelto por la afirmativa, por cuanto se verifican las condiciones fácticas y formales que habilitan al Poder Ejecutivo Nacional al dictado de la norma.

En lo atinente al planteo material del texto, quizás una correcta técnica jurídica hubiera planteado en primera instancia el tratamiento del personal de la salud y luego el caso “general” (dada la exposición directa de aquel al COVID-19).

Mas, adentrándonos en el estudio específico del sistema, puede observarse lo siguiente:

1) Respecto a los trabajadores aludidos en el art. 1º, el decreto de necesidad y urgencia realiza un curioso tratamiento, entendiendo a la enfermedad como “no listada” **(9)**, pero debiendo las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo brindar “...en forma inmediata, las prestaciones previstas en la ley 24.557” **(10)**; al no registrarse aclaraciones, debemos entender que aquéllas

equivalente al diez por ciento (10%) de los recursos de este último, con el objeto de asistir el costo de cobertura prestacional de otras posibles enfermedades profesionales, según se determine en el futuro”.

(8) Art. 7º, DNU 367/2020.

(9) Correcta definición sistémica; hasta el día de ayer, COVID-19 era una enfermedad no listada y, en mi opinión, aún no ha sido incluida en el baremo de ley, ya que ninguna norma así lo indica y, a todo evento, no ha sido convocado el Comité Consultivo, elemento “formal” imprescindible para evitar dilaciones judiciales posteriores.

(10) El caso de un trabajador “esencial” de seguridad de un nosocomio que contrae coronavirus deberá ser tratado como “enfermedad no listada”.

serán tanto las prestaciones médicas como las dinerarias.

2) Respecto al personal de salud, se toma la COVID-19 como una enfermedad profesional **(11)**. Al respecto, parece haberse tomado la postura expresada por el profesor Dr. Miguel Á. Maza días atrás en cuanto a la necesidad del dictado de una norma por parte del Poder Ejecutivo Nacional, aunque el decreto de necesidad y urgencia **(12)** no recoge haber reu-

(11) Véase al respecto MAZA, Miguel Á., “Una posible forma de encarar la infección COVID-19 desde la Ley sobre Riesgos del Trabajo”, *Revista de Derecho Laboral: El impacto del coronavirus en las relaciones laborales*. Dossier 2, RC D 1534/2020, Ed. Rubinzal-Culzoni.

(12) ¿Es correcto considerar “incluida” la COVID-19 en el listado de enfermedades profesionales del dec. 658/1996? Es postura de este autor considerar que no. Véase al respecto cómo se incluyeron otras enfermedades profesionales en dicho listado a través de los decs. 1167/2003 o 49/2014.

nido al Comité Consultivo Permanente establecido por la ley 24.557.

3) Procesalmente, el decreto innova al habilitar la competencia directa de la Comisión Médica Central para los reclamos por COVID-19 **(13)**.

Las próximas semanas serán clave no sólo para apreciar el impacto de la pandemia en la salud de la población y en su economía, sino (en lo específico) para evaluar la capacidad de respuesta del sistema de riesgos del trabajo ante esta particular situación mundial. La casuística nacional, hasta el momento, y dado el cierre momentáneo de las Comisiones Médicas **(14)**, no permite obtener parámetros razonables sobre la cantidad de trabajadores afectados.

(13) Según normas que en su momento dictará la SRT.

(14) Ver disp. 5/2020 de la Gerencia de CM de la SRT.

El Decreto de Necesidad y Urgencia 367/2020 sobre la presunción del COVID-19 como enfermedad profesional en los trabajadores que cumplen tareas en actividades declaradas esenciales

Ricardo A. Foglia (*)

Sumario: I. Objeto del presente comentario.— II. Antecedentes de los listados de enfermedades profesionales.— III. La ley 24.557 de Riesgos del Trabajo en su redacción original.— IV. El dec. 1278/2000.— V. El DNU 367/2020.— VI. Comentario final.

I. Objeto del presente comentario

El decreto de necesidad y urgencia (DNU) 367/2000 **(1)** establece un mecanismo presuncional de profesionalidad de la enfermedad COVID-19 producida por el virus SARS-CoV-2 para los trabajadores que prestan tareas en las actividades declaradas esenciales.

El sistema instaurado se aparta del régimen de enfermedades profesionales listadas y no listadas establecido por el art. 2º, apart. 2º, inc. b), de la LRT.

Además, tiene una vigencia temporal limitada, ya que rige hasta 60 días después de finalizada la emergencia sanitaria.

Dicha norma fue reglamentada mediante res. 30/2020 de la Superintendencia de Ries-

gos del Trabajo (SRT) **(2)**, conforme lo habilita el art. 6º del referido DNU **(3)** en lo que hace al procedimiento para la declaración como enfermedad profesional del COVID-19 en el caso concreto, como enfermedad no listada.

II. Antecedentes de los listados de enfermedades profesionales

II.1. Planteo general

La determinación de la profesionalidad de una enfermedad con base en un listado comienza con los orígenes del sistema especial resarcitorio de los infortunios laborales.

(2) BO del 29/04/2020.

(3) Dice el citado artículo: “Facúltase a la Superintendencia de Riesgos del Trabajo (SRT) a dictar las normas relativas al procedimiento de actuación ante la Comisión Médica Central (CMC) y a dictar todas las medidas reglamentarias, complementarias y aclaratorias que sean necesarias en el marco de sus competencias”.

(*) Abogado egresado de la UCA y magíster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Universidad Rey Juan Carlos, Madrid.

(1) BO del 14/01/2020.

Tal como se verá, este mecanismo generó controversias desde su instauración.

II.2. La ley 9688 y su decreto reglamentario

El art. 22 de la ley 9688 del año 1915 **(4)** estableció que la reglamentación iba a establecer qué enfermedades eran profesionales. Decía: “Cuando un obrero se incapacite para trabajar o muera a causa de una enfermedad contraída en el ejercicio de su profesión, tendrá derecho a la indemnización acordada por esta ley, con arreglo a las condiciones siguientes: a) La enfermedad debe ser declarada efecto exclusivo de la clase de trabajo que realizó la víctima durante el año precedente a la inhabilitación. b) No se pagará indemnización si se prueba que el obrero sufría esa enfermedad antes de entrar a la ocupación que ha tenido que abandonar. c) La indemnización será exigida del último patrón que empleó al obrero durante el referido año, en la ocupación cuya naturaleza generó la enfermedad, a menos que se pruebe que esta fue contraída al servicio de otros patrones, en cuyo caso estos serán responsables. d) Si la enfermedad, por su naturaleza, pudo ser contraída gradualmente, los patrones que ocuparon durante el último año a la víctima en la clase de trabajo a que se debió la enfermedad, estarán obligados a resarcir, proporcionalmente, al último patrono, la indemnización pagada por este, determinándose la proporción por arbitradores, si se suscitare controversia a su respecto. e) El patrón en cuyo servicio se incapacite por enfermedad un obrero, debe dar parte como si se tratase de un accidente. Las enfermedades profesionales deberán ser taxativamente enumeradas por el Poder Ejecutivo en decretos reglamentarios, previo informe de las oficinas técnicas, y la responsabilidad por ello solo comenzará a los noventa días de su determinación”.

El decreto reglamentario del año 1915 **(5)**, en su art. 149, enumeró las siguientes: “...pneumoconiosis, tabacosis pulmonar, antracosis, siderosis, saturnismo, cuprismo, arsenicismo, oftalmia amoniacal, sulfocarbonismo, hidrocarburo, fosforismo, pústula maligna, dermatosis y anquilostomiasis”.

(4) BO del 21/10/1915.

(5) Publicada el 14/01/1916.

En el año 1932 se incluyó la “fiebre ondulante”, y en el año 1936 se incorporaron al listado los trastornos patológicos generados por el radio y otras sustancias radioactivas, los rayos X y los epitelomas primitivos de piel causados por manipulación o empleo del alquitrán, la brea, los aceites minerales, la parafina o compuestos o derivados de estas sustancias.

II.3. Criterios jurisprudenciales sobre el listado

Ante una incipiente tendencia jurisprudencial que reconocía como profesionales a las enfermedades no listadas, la Cámara Civil de la Capital Federal **(6)** resolvió que el Poder Judicial no podía ampliar por vía analógica la enumeración legal de las enfermedades profesionales.

En el año 1944, el dec. 29.776/1944 **(7)** incorporó el calambre profesional del telegrafista.

Posteriormente, la provincia de Buenos Aires dictó un decreto estableciendo como profesionales, para ese ámbito territorial, las siguientes: anilismo, hidrargirismo, hidrocarburo, animalismo, enfermedad de los *caissons* **(8)**, enfisema pulmonar y tuberculosis pulmonar.

La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires **(9)** dejó sin efecto esa norma, señalando que solo el Poder Ejecutivo de la Nación tenía facultades para determinar cuáles enfermedades debían estar incluidas en el concepto y listado.

(6) CCiv. Capital Federal, sala I, 26/04/ 1940, “Havunchian c. Frigorífico Wilson de la Argentina SA”. En esa oportunidad señaló que “La neuralgia ciática, contraída como consecuencia del trabajo en un frigorífico no es indemnizable como enfermedad profesional por no figurar en la enumeración taxativa que de las enfermedades hace el dec. regl. de la ley 9688. Tampoco puede indemnizarse como enfermedad-accidente, si no se ha probado que las condiciones extraordinarias y anormales de trabajo o un traumatismo han desencadenado la enfermedad, lo que sería indispensable para considerar que se trata de un accidente del trabajo propiamente dicho”.

(7) Publicado el 16/11/1944

(8) Tareas en campanas para la realización de trabajos debajo de agua.

(9) SCBA, JA 49-524 y 70-532.

Sin embargo, como el Poder Ejecutivo Nacional no actualizaba la lista, y debido a la aparición de nuevas actividades que generaban enfermedades que no estaban incluidas en ella, y por los avances de la medicina, el listado fue rápidamente perdiendo actualidad, por lo que se fue imponiendo el criterio jurisprudencial de *llenar este vacío* declarando como enfermedades profesionales a dolencias no incluidas en aquel, pero relacionadas con las tareas y el medio ambiente laboral.

II.4. La ley 18.913 (10)

Por esta circunstancia, en el año 1970, la ley 18.913 modificó el último párrafo del art. 22 de la ley 9688. La nueva redacción eliminó el requisito del listado, señalando: “Se considerará enfermedad profesional toda aquella que sea motivada por la ocupación en que se emplee al obrero o empleado”.

II.5. El dec. 4389/1973 (11)

Sin embargo, en el año 1973, el dec. 4389/1973, con base en el nuevo art. 22, y sin derogarlo, volvió a instaurar el listado cerrado, al expresar que “las enfermedades profesionales deberán ser taxativamente enumeradas por el Poder Ejecutivo”.

Ahora bien, dado que dicha norma, interpretada literalmente, chocaba flagrantemente con el nuevo texto del art. 22 de la ley 9688, la jurisprudencia en forma unánime interpretó que si una enfermedad estaba en el listado su carácter era indiscutible, pero ello no impedía el reconocimiento como enfermedad profesional de otra no incluida en el listado.

A partir de allí la jurisprudencia paulatinamente fue inclinándose por un concepto cada vez más extendido de la enfermedad profesional, incorporando, además, el concepto de “enfermedad-accidente” (12).

(10) BO del 15/01/1971.

(11) BO del 27/09/1973.

(12) Se trata de aquellas enfermedades que no se reparan como un accidente. El sustento era la denominada teoría de la indiferencia de la concausa, por la cual resul-

II.6. La ley 24.028 (13)

En el año 1991, la ley 24.028, que reemplaza la ley 9688, no definió el concepto de enfermedad profesional, limitándose a señalar los mecanismos causales de reparabilidad.

III. La ley 24.557 de Riesgos del Trabajo en su redacción original (14)

III.1. Criterio general

En el año 1995 se dicta la ley 24.557 (LRT), que modificó profundamente el sistema resarcitorio de los infortunios laborales vigente hasta ese entonces.

III.2. Regulación de las enfermedades

En lo que hace específicamente al tema de las enfermedades profesionales, la LRT conceptualmente vuelve al sistema de lista cerrada que originalmente, y hasta la reforma del año 1970, tenía la ley 9688.

Según dicha norma, solo eran profesionales las enfermedades incluidas en un listado. El inc. 2º del art. 6º, en su primera parte, expresaba: “Se considerarán enfermedades profesionales aquellas que se encuentran incluidas en el listado de enfermedades profesionales...”.

Y respecto de las enfermedades no incluidas en el listado, decía, en el art. 6º, inc. 2º, último párrafo, que “...en ningún caso serán consideradas resarcibles”.

El listado debe ser elaborado anualmente por el Poder Ejecutivo Nacional, previo dictamen unánime vinculante del Comité Consultivo Permanente de la LRT (15), y “en caso de no alcanzar unanimidad, la materia en consulta será sometida al arbitraje del presiden-

ta suficiente que el trabajo o el medio ambiente laboral hubieran incidido, favorecido, agravado, manifestado o puesto en evidencia una enfermedad común, esto es, de origen congénito o constitucional, para que aquella se reputara como enfermedad de trabajo.

(13) BO del 17/12/1991.

(14) BO del 04/10/1995.

(15) Arts. 6º, inc. 2º, y 40, incs. 2º, apart. b), y 3º, de la LRT.

te del Comité Consultivo Permanente de la LRT previsto en el inc. 1º, quien laudará entre las propuestas elevadas por los sectores representados” (16). El presidente de dicho Comité es el ministro de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación (17).

El listado es de triple columna, ya que contempla el agente de riesgo, los cuadros clínicos y las actividades, debiendo confluír los tres elementos para que la enfermedad sea considerada profesional.

III.3. Objeciones de la jurisprudencia

Gran parte de la jurisprudencia fue crítica del listado referido, ya que consideraba que importaba una delegación legislativa impropia del Poder Legislativo al Poder Ejecutivo Nacional, atribuyéndole a este funciones judiciales al decidir sobre la causalidad, y que además, al ser el listado anual, podía variar o incluir o excluir enfermedades por un acto administrativo, lo que atentaba contra el art. 99, inc. 3º, párr. 2º, de la CN.

En cuanto a la no resarcibilidad de las enfermedades no listadas, la doctrina judicial en forma casi unánime resolvió que ese criterio vulneraba la Constitución Nacional, ya que, al impedir la reparación del daño, desnaturalizaba la función de una ley de accidentes del trabajo, violando el art. 17 de aquella al cercenar derechos patrimoniales, afectando además el principio de igualdad ante la ley (art. 16, CN), al privar a los trabajadores de un derecho que tienen todos los ciudadanos. También se dijo que impedía el acceso a la justicia, violando el art. 18, CN.

(16) Inc. 3º, párr. 3º, art. 40, LRT.

(17) Dice el art. 40, apart. 1º, LRT: “Créase el Comité Consultivo Permanente de la LRT, integrado por cuatro representantes del gobierno, cuatro representantes de la CGT, cuatro representantes de las organizaciones de empleadores, dos de los cuales serán designados por el sector de la pequeña y mediana empresa, y presidido por el ministro de Trabajo y Seguridad Social de la Nación. El Comité aprobará por consenso su reglamento interno, y podrá proponer modificaciones a la normativa sobre riesgos del trabajo y al régimen de higiene y seguridad en el trabajo”.

IV. El dec. 1278/2000 (18)

IV.1. Resultado de la presión

A raíz de la “presión” que la jurisprudencia y la doctrina ejercieran sobre el sistema de la LRT, se dicta el DNU 1278/2000, que contempla, entre otras cuestiones, la situación de las enfermedades profesionales no incluidas en el listado.

A tal efecto, aquel regula tres aspectos referidos a ellas: 1) el concepto de enfermedad no incluida en el listado; 2) el procedimiento para obtener dicho reconocimiento; y 3) la forma de financiación de las prestaciones de la LRT a las aludidas enfermedades.

Respecto de las primeras, el art. 2º del dec. 1278/2000 agrega al inc. 2º del art. 6º de la LRT el apart. b), que expresa textualmente, en el párr. 1º: “Serán igualmente consideradas enfermedades profesionales aquellas otras que, en cada caso concreto, la Comisión Médica Central determine como provocadas por causa directa e inmediata de la ejecución del trabajo, excluyendo la influencia de los factores atribuibles al trabajador o ajenos al trabajo”.

A su vez, el párr. 2º del punto ii) de dicho apartado señala: “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”.

IV.2. Estructura actual

De esta manera, el régimen actual contempla dos especies de enfermedades profesionales:

1. las incluidas en el listado, para cuyo reconocimiento basta con la concurrencia de las circunstancias señaladas en cada una de las columnas de la nómina; y

2. las excluidas de dicho listado, pero “...provocadas por causa directa e inmediata de la ejecución del trabajo...” y que luego de un procedimiento ante las Comisiones Médicas pue-

(18) BO del 03/01/2001.

den ser reconocidas como tales, con carácter particular, es decir, para cada caso.

Para las personas con enfermedades incluidas en el listado, esta es una solución práctica, ya que evita el engorroso trámite de la prueba de la causalidad. Reunidos los extremos del listado, la norma presume *iuris et de iure* [“se considerarán”, dice el inc. 2º, apart. a), del art. 6º de la LRT] que existe “...causa directa de la enfermedad con las tareas cumplidas por el trabajador y por las condiciones medio ambientales de trabajo” (art. 40, inc. 3º, párr. 3º, *in fine*, LRT).

En las otras enfermedades, esto es, en las excluidas del listado, para su reconocimiento como profesionales es menester probar una relación causal especial entre la dolencia padecida y “...la ejecución del trabajo...”

V. El DNU 367/2020

V.1. Caracteres generales

El DNU 367/2020 establece un régimen específico y diferencial de infortunios del trabajo para los trabajadores en relación de dependencia que prestan tareas en las actividades declaradas esenciales y que padecen de la enfermedad COVID-19.

Dicho régimen tiene las siguientes características centrales:

- es transitorio;
- no incluye al COVID-19 en el listado de enfermedades profesionales;
- la considera como enfermedad no listada;
- se aparta del sistema de enfermedades no listadas a través de un mecanismo presuncional atípico y de un procedimiento específico y diferente al previsto por la LRT para esos casos;
- introduce un sistema de inversión de la carga de la prueba.

V.2. Marco jurídico

El DNU comentado se apoya en el aislamiento social preventivo y obligatorio dispuesto por la normativa de emergencia.

V.2.a. El DNU 260/2020 (19)

El aislamiento comienza el día 20 de marzo con la publicación del DNU 260/2020, que dispuso el aislamiento obligatorio por el plazo de 14 días corridos en tres casos:

- a) las personas que revistan el carácter de “casos sospechosos”;
- b) las personas afectadas por coronavirus médicamente confirmados;
- c) los que hubieran tenido “contactos estrechos” con alguno de los incluidos en las categorías anteriores (art. 7º, DNU).

V.2.b. La res. MTEYSSN 207/2020 (20)

Dicha nómina fue ampliada por la res. 207/2020, que incluyó:

a) Trabajadores mayores de sesenta [60] años de edad, con dos excepciones:

- el personal esencial para el adecuado funcionamiento del establecimiento, siempre que no se trate de una mujer embarazada o que esté incluido en los puntos b) y c) siguientes;

- los trabajadores del sector salud.

b) Trabajadoras embarazadas.

c) Trabajadores incluidos en los grupos de riesgo que define la autoridad sanitaria nacional y que en la actualidad son las siguientes:

- enfermedades respiratorias crónicas: enfermedad pulmonar obstructiva crónica (EPOC), enfisema congénito, displasia broncopulmonar, bronquiectasias, fibrosis quística y asma moderado o severo;

- enfermedades cardíacas: insuficiencia cardíaca, enfermedad coronaria, valvulopatías y cardiopatías congénitas;

- inmunodeficiencias;

(19) BO del 12/03/2020.

(20) BO del 17/03/2020.

- diabéticos, personas con insuficiencia renal crónica en diálisis o con expectativas de ingresar a diálisis en los siguientes seis meses.

d) El progenitor o responsable a cargo de niños o adolescentes que concurren a clases presenciales en los niveles inicial, primario o secundario, en todas las modalidades e institutos de educación superior, mientras dure la suspensión de clases.

V.2.c. El DNU 297/2020

Dada la expansión de la enfermedad, el día 20 de marzo se publica en el Boletín Oficial el DNU 297/2020, que, cambiando la lógica de su predecesor, estableció el aislamiento generalizado hasta el 31 de marzo de este año, salvo excepciones en las que caracterizó como actividades esenciales.

El aislamiento fue prorrogado sucesivamente por el DNU 325/2020 **(21)**, hasta el 12/04/2020 inclusive; por el DNU 355/2020 **(22)**, hasta el 26/04/2020 inclusive; y por el DNU 408/2020 **(23)**, hasta el 10/05/2020 inclusive, luego prorrogado sucesivamente.

Los trabajadores que las realizan, salvo excepciones (que son las enumeradas en el art. 7º del DNU 260/2020 y en la res. MTEYSSN 207/2020, que no fueron derogados en este aspecto), quedan exceptuados del “aislamiento social, preventivo y obligatorio” y de la prohibición de circular, de forma tal que deben cumplir con sus tareas y actividades normalmente.

El listado de actividades esenciales fue sucesivamente ampliado **(24)**.

(21) BO del 31/03/2020.

(22) BO del 11/04/2020.

(23) BO del 26/04/2020.

(24) Res. MTEYSSN 233/2020; decisión administrativa 450/2020 del jefe de Gabinete de Ministros; decisión administrativa 467/2020 del jefe de Gabinete de Ministros; decisión administrativa 490/2020 del jefe de Gabinete de Ministros; decisión administrativa 468/2020 de la Jefatura de Gabinete de Ministros; decisión administrativa 490/2020 de la Jefatura de Gabinete de Ministros; decisión administrativa 524/2020 de la Jefatura de Gabinete de Ministros; res. MTEYSSN 233/2020; res. MTEYSSN 296/2020; disp. SRT 3/2020; disp. SRT 6/2020; disp. AFIP 80/2020.

En cuanto a los trabajadores no incluidos en las actividades esenciales, se configuran dos posibilidades: los que cumplen tareas en su lugar de aislamiento y los que no.

El DNU objeto de este comentario se refiere únicamente a los trabajadores que realizan tareas en actividades declaradas esenciales.

V.3. Prevención

Desde el origen de la normativa de emergencia dictada por la peste provocada por el SARS-CoV-2 se dictaron disposiciones reiterando la obligación de los empleadores de adoptar medidas para proteger la salud de los trabajadores.

Así, el art. 6º de la res. MTEYSSN 202/2020 **(25)** estableció: “El empleador deberá extremar los recaudos suficientes que permitan satisfacer las condiciones y medio ambiente de trabajo en consonancia con los protocolos establecidos por la autoridad sanitaria para la emergencia coronavirus (COVID-19)”.

El último párrafo del art. 6º del DNU 297/2020 estableció que en los casos exceptuados del aislamiento “...los empleadores y empleadoras deberán garantizar las condiciones de higiene y seguridad establecidas por el Ministerio de Salud para preservar la salud de las trabajadoras y de los trabajadores”.

El art. 4º de la res. MTEYSSN 279/2020 **(26)** dice: “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”.

La SRT tiene profusa normativa preventiva de los riesgos del trabajo en general y respecto de ciertas actividades en especial. El control de su cumplimiento es relevante en estas circunstancias, como también lo es la coordinación de la prevención de los riesgos del trabajo con la salud pública, cuyos organismos son el eje y la autoridad rectora en este momento tan delicado.

(25) BO del 17/03/2020.

(26) BO del 01/04/2020.

V.4. Aplicación temporal del DNU

El DNU establece un período de vigencia de la protección especial prevista en él.

V.4.a. Fecha de inicio

El art. 7º establece que sus disposiciones se aplicarán a aquellas contingencias cuya primera manifestación invalidante se haya producido a partir del 20/03/2020, fecha de publicación del DNU 297/2020 (art. 7º). La norma sigue el criterio de aplicación (primera manifestación invalidante) establecido en su momento por los arts. 4º y 5º del dec. 1278/2000 (27); 17, inc. 5º (28), y 17 bis (29) de la ley 26.773, reformados por la ley 27.348; y 20 de esta última (30).

(27) Dice el art. 4º: “Sustitúyese el apart. 1º del art. 12 de la ley 24.557 y su modificatoria, el que quedará redactado de la siguiente manera: ‘1. A los efectos de determinar la cuantía de las prestaciones dinerarias se considera ingreso base la cantidad que resulte de dividir la suma total de las remuneraciones sujetas a aportes y contribuciones, con destino al Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones, devengadas en los doce [12] meses anteriores a la primera manifestación invalidante, o en el tiempo de prestación de servicio si fuera menor a un [1] año, por el número de días corridos comprendidos en el período considerado’. Expresa el art. 5º: “Sustitúyanse los aparts. 1º y 2º del art. 13 de la ley 24.557 y su modificatoria, los que quedarán redactados de la siguiente manera: ‘1. A partir del día siguiente a la primera manifestación invalidante y mientras dure el período de incapacidad laboral temporaria (ILT), el damnificado percibirá una prestación de pago mensual, de cuantía igual al valor mensual del ingreso base. La prestación dineraria correspondiente a los primeros diez días estará a cargo del empleador...”.

(28) Dice el art. 5º: “Las disposiciones atinentes a las prestaciones en dinero y en especie de esta ley entrarán en vigencia a partir de su publicación en el Boletín Oficial y se aplicarán a las contingencias previstas en la ley 24.557 y sus modificatorias, cuya primera manifestación invalidante se produzca a partir de esa fecha”.

(29) Este expresa: “Determinase que solo las compensaciones adicionales de pago único, incorporadas al art. 11 de la ley 24.557 y sus modificatorias, y los importes mínimos establecidos en el dec. 1694/2009, se deberán incrementar conforme la variación del índice RIPTE (Remuneraciones Imponibles Promedio de los Trabajadores Estables), desde el 01/01/2010 y hasta la fecha de la primera manifestación invalidante de la contingencia considerando la última variación semestral del RIPTE de conformidad con la metodología prevista en la ley 26.417”.

(30) Señala: “La modificación prevista al art. 12 de la ley 24.557 y sus modificatorias, se aplicará a las contin-

El *Diccionario de la Lengua Española* (31) define la raíz de “manifestación”, que es “manifestar”, como “descubrir, poner a la vista”, “exponer públicamente”.

Si bien el análisis de esta cuestión excede el objeto de este trabajo, es dable señalar que en materia de accidentes del trabajo la cuestión es más sencilla, ya que coincide con el daño y su emergencia. En materia de enfermedades, el hecho es más difuso, porque hay enfermedades que pueden permanecer larvadas durante mucho tiempo, sin producir síntomas ni generar invalidez, con lo cual la manifestación invalidante puede ser la exteriorización de un estado patológico previo.

La norma, conforme viéramos, adopta el criterio de la “primera manifestación invalidante”, esto es, el de la exteriorización de los síntomas del coronavirus.

Cabe señalar que cuando se publicó el DNU 260/2020, la posibilidad de contagio por coronavirus ya estaba latente, y tan es así que dicha norma dispuso el aislamiento preventivo para un grupo de personas consideradas de riesgo, que fue ampliado y del que quedaron exceptuados, entre otros, los trabajadores mayores de sesenta [60] años de edad del sector salud (res. MTEYSSN 207/2020). Más aún si se tiene en cuenta que dicho DNU extendió la emergencia sanitaria.

De esta manera, y como los trabajadores de ese sector que hubieran presentado síntomas entre el 12/03/2020 y el 20 de ese mes y año quedaban excluidos del sistema del DNU comentado, la res. SRT 38/2020, en el art. 20, rectificando ese criterio, dispuso que las aseguradoras de riesgos del trabajo (ART) debían “po-

gencias cuya primera manifestación invalidante resulte posterior a la entrada en vigencia de la presente ley”.

(31) REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, “Diccionario de la Lengua Española”, 1994, t. 2, p. 1309.

nera disposición” de las víctimas las prestaciones de la LRT.

V.4.b. Fecha de agotamiento de la protección especial

El sistema presuncional estatuido por el DNU 367/2020 tiene dos fechas de finalización:

- Para los trabajadores que no pertenecen al sector salud, el sistema finaliza cuando termine el aislamiento (art. 1º), esto es, está sujeto a un hecho condicional resolutorio (32). Entendemos —y esto es nuestra interpretación, ya que en los considerandos del DNU nada se dice— que la norma habría fijado ese criterio por cuanto consideraría que, una vez finalizado el aislamiento, la situación volvería a su normalidad, con toda la población desplazándose libremente, por lo cual desaparecería el riesgo específico de las actividades esenciales, esto es, de trabajar y circular en cuarentena, y que desde ese momento la situación sería igual para todos.

- Para los trabajadores del sector salud, el art. 4º determina que la protección especial cesará a los 60 días posteriores de la finalización de la prórroga de la emergencia sanitaria dispuesta por el DNU 260/2020, hecho este que acaece el 11/05/2021, ya que se trata de días corridos (33).

V.5. *Ámbito de aplicación personal*

La norma se aplica a todos los trabajadores que no realizan el aislamiento por prestar tareas en las actividades declaradas esenciales. A los que pertenecen a una actividad esencial pero no cumplen tareas no les resulta aplicable la normativa comentada.

El art. 1º del DNU comentado es claro en cuanto se refiere a los que “...realizan actividades declaradas esenciales...”

Respecto de estos, el DNU efectúa una distinción entre los trabajadores que cumplen tareas en actividades del sector salud y los que las realizan en las restantes.

(32) Arts. 343 y ss., Cód. Civ. y Com.

(33) Art. 6º, Cód. Civ. y Com.

El art. 18 de la res. SRT 38/2020 señala que se considera como sector salud, en forma enunciativa, a las siguientes actividades y sujetos: “...personal médico, de enfermería, auxiliares (entendiéndose por tal camilleros, choferes de ambulancia y de transporte de residuos patológicos), de esterilización, administrativos, de vigilancia, secretarías de servicios, mantenimiento, kinesiólogos, bioquímicos (laboratorio y toma de muestras) y todas aquellas actividades desarrolladas en cumplimiento de tareas asistenciales en los tres niveles de atención (guardia, internación y terapia intensiva), debidamente identificados con arreglo a los Clasificadores Industriales Internacionales Uniformes (CIU) contenidos en el anexo de firma conjunta IF-2020-28303075-APN-GP#SRT que forma parte de la presente resolución” (34).

(34) Dicho nomenclador incluye: “Recolección, transporte, tratamiento y disposición final de residuos peligrosos. 382020. Recuperación de materiales y desechos no metálicos. 390000. Descontaminación y otros servicios de gestión de residuos. 721020. Investigación y desarrollo experimental en el campo de las ciencias médicas. 801090. Servicios de seguridad e investigación n.c.p. 811000. Servicios de apoyo combinado a edificios. 812010. Servicios de limpieza general de edificios. 821100. Servicios combinados de gestión administrativa de oficinas. 812090. Servicios de limpieza n.c.p. 861010. Servicios de internación excepto instituciones relacionadas con la salud mental. Servicios de consulta médica (incluye las actividades de establecimientos sin internación o cuyos servicios se desarrollen en unidades independientes a las de internación: consultorios médicos, servicios de medicina laboral). 862120. Servicios de proveedores de atención médica domiciliaria (incluye las actividades llevadas a cabo en domicilios de pacientes con alta precoz, y que ofrecen atención por módulo). 862130. Servicios de atención médica en dispensarios, salitas, vacunatorios y otros locales de atención primaria de la salud. 862200. Servicios odontológicos. 863110. Servicios de prácticas de diagnóstico en laboratorios (incluye análisis clínicos, bioquímica, anatomía patológica, laboratorio hematológico, etc.). 863120. Servicios de prácticas de diagnóstico por imágenes (incluye radiología, ecografía, resonancia magnética, etc.). 863190. Servicios de prácticas de diagnóstico n.c.p. 863200. Servicios de tratamiento (incluye hemodiálisis, cobaltoterapia, etc.). 863300. Servicio médico integrado de consulta, diagnóstico y tratamiento. 864000. Servicios de emergencias y traslados. 869010. Servicios de rehabilitación física (incluye actividades de profesionales excepto médicos: kinesiólogos, fisiatras, etc.)”.

De esta forma están excluidos los dependientes de empresas que realizan una actividad declarada esencial pero que no realizan tareas, sea porque deben guardar aislamiento, conforme señaláramos, porque estas no son necesarias para la operación o porque trabajan en el lugar de cumplimiento de la cuarentena.

También están excluidos del sistema presuncional los trabajadores de una actividad no esencial que, violando la cuarentena, prestan tareas y se enferman de COVID-19. En este caso, el trabajador queda al margen de la protección especial instaurada por el DNU 367/2020 y debe probar, para tener derecho a las prestaciones del sistema de riesgos del trabajo, que la dolencia fue por causa "...directa e inmediata de la ejecución del trabajo..." Ello sin perjuicio de considerar que se trata de un supuesto de trabajo prohibido (art. 40, LCT, y art. 6º, res. MTEYSSN 279/2020).

V.6. Régimen presuncional

El DNU establece un mecanismo presuncional de profesionalidad de la dolencia COVID-19 que padezcan los trabajadores a los cuales nos hemos referido en el punto precedente.

También prevé un mecanismo de inversión de la carga de la prueba.

V.6.a. Enfermedad no listada

La norma considera que, en todos los casos —esto es, se trate de un trabajador de una actividad esencial de salud o no—, se trata de una enfermedad no listada.

Consideramos que el criterio es erróneo, ya que están reunidos todos los recaudos para que, en el caso de los trabajadores del sector salud, dada la situación de emergencia, la forma de contagio de la enfermedad y la realización de tareas esenciales para la comunidad de quienes la prestan, se la incluya en el listado de enfermedades profesionales.

Podría señalarse que las personas que cumplen tareas en actividades esenciales no vinculadas a la salud, cesado el aislamiento, ingresan en una zona de riesgo general no específico de sus tareas. Pero, en lo que hace a los "trabajadores de salud", su inclusión es imperiosa y un acto de razonabilidad y justicia, por el mayor riesgo específico al que están expuestos y por la alta posibilidad de contagio. Más aún, no se advierte cuál habría sido la razón que limitó la protección de este colectivo hasta los 60 días de finalizada la emergencia, como si los virus entendieran de las leyes humanas.

El propio DNU 367/2020 en los considerandos construye su listado de triple columna:

Agente	Enfermedad	Actividad
SARS.CoV-2	COVID-19	Trabajadores de la salud

Cabe recordar que en su momento se incluyó al VIH en el listado de enfermedades profesionales de los trabajadores del equipo de salud que tienen contacto con la sangre y otros fluidos orgánicos contaminados de portadores y/o enfermos y del personal de limpieza que maneja los materiales de desecho contaminados.

La norma comentada intenta compensar la no inclusión en el listado de enfermedades profesionales con un sistema presuncional y de inversión de la carga de la prueba en cada caso concreto.

V.6.b. Sistema presuncional e inversión de la carga de la prueba

El DNU comentado establece un sistema mixto de presunciones e inversión de la carga de la prueba.

Se trata de dos institutos diferentes, aunque en algunos casos, como el que nos ocupa, pueden tener puntos de contacto.

El *Diccionario del Español Jurídico* (35) define el término "presunción", en su sentido general, como la "aceptación de un hecho del que no se tiene prueba y que se infiere de otro hecho demostrado". De esta manera, cuando opera una presunción, el razonamiento jurídico parte de un hecho que, por imperio de él, se considera como probado y que puede o no desvirtuarse según sea el tipo de presunción: *iuris et de iure* o *iuris tantum*.

(35) 2016, p. 1256.

En el caso de la norma comentada, se trata de una presunción legal *iuris tantum*, esto es, que admite prueba en contrario, y de ahí su diferencia con el listado de enfermedades profesionales, que es una presunción de laboralidad *iuris et de iure*.

El mecanismo del DNU 367/2020 “cierra” el esquema con una inversión de la carga de la prueba, en apariencia diferente, para los trabajadores que no se desempeñan en el sector salud y para los que sí lo hacen.

Nos referiremos a ambos supuestos separadamente, porque así los trata la norma, y en el final explicaremos por qué razón concluimos que la diferencia es solo aparente.

En los puntos siguientes solo nos referiremos al aspecto presuncional y causal. Las cuestiones procedimentales las trataremos en el acápite V.7.

V.6.c. Presunción aplicable al personal que no cumple tareas en el sector salud

Respecto del personal que se desempeña en actividades declaradas esenciales en el sector que no es de la salud y debe concurrir a prestar tareas y que padece de COVID-19, la norma establece que se *presumirá* que la enfermedad es de carácter profesional (art. 1º). Dice que “se considerara presuntivamente una enfermedad de carácter profesional”. Entendemos que ello significa, jurídicamente, que se presume profesional.

Por su parte, la ART podrá revertir la presunción demostrando que dicha enfermedad no ha sido provocada “...por causa directa e inmediata de la ejecución del trabajo...” [art. 6º, apart. 2º, inc. b), LRT], dado que el art. 1º del DNU 367/2020 remite a esa disposición. Pero, además, sobre esta cuestión en todo caso debe expedirse la Comisión Médica Central (CMC).

Esta, a su vez, puede desplazar nuevamente la carga probatoria a favor del trabajador si en la actividad hay: a) “un número relevante” de infectados y en un establecimiento determinado de esa actividad hay cercanía o posible contacto —si bien la norma no lo aclara, se entiende que

de trabajadores—; o b) si hay hechos reveladores de que el contagio haya sido en “...ocasión...” del cumplimiento de las tareas en la actividad esencial (art. 3º, párr. 2º).

Como se advierte, la normativa es harto compleja en este punto, ya que la secuencia sería:

(i) presunción *iuris tantum* de profesionalidad;

(ii) posibilidad de la ART de desvirtuar la presunción por prueba de inexistencia de nexo causal directo e inmediato;

(iii) reversión de la conclusión causal por parte de la CMC, volviendo a la presunción inicial si se presentan nuevas presunciones (que son las mencionadas al inicio de este punto);

(iv) a su vez, y como es una inversión de la carga probatoria, la ART puede probar en contra de ella, con lo cual volveríamos a la segunda etapa, en un círculo vicioso.

Como se advierte, el sistema es confuso y seguramente dará lugar a no pocas controversias.

V.6.d. Personal que cumple tareas esenciales en el sector salud

En cuanto a los trabajadores del rubro salud, en el art. 4º se establece que la enfermedad se *considerará* profesional, ya que tiene relación de “causalidad directa e inmediata con la labor efectuada”.

Es decir, no habría una presunción de profesionalidad, a diferencia del supuesto anterior, sino una aserción de profesionalidad, esto es, que dicha dolencia es profesional. Sin embargo, en forma contradictoria admite supuestos en que aquella no sea profesional (lo que no ocurre con las enfermedades listadas), con lo cual queda desvirtuada la afirmación inicial. Esto es, se puede acreditar que la enfermedad no tiene esa causalidad.

A su vez, la Comisión Médica puede invertir la carga de la prueba de la relación causal en los casos mencionados en el punto anterior.

V.6.e. Una diferencia aparente

Entendemos que desde el ángulo jurídico no se advierte la distinción en el tratamiento presuncional y causal entre los trabajadores de la salud y los restantes.

En efecto, en el supuesto de los trabajadores que no pertenecen al sector salud, el art. 1° del DNU 367/2020 dice que la enfermedad COVID-19 “...se considerará presuntivamente una enfermedad de carácter profesional...”, y en el art. 4°, referido a los trabajadores del sector salud, expresa que dicha enfermedad “...se considerará que guarda relación de causalidad directa e inmediata con la labor efectuada...” (el destacado nos pertenece).

La primera observación sobre la cual cabe interrogarse se refiere a cuál es la diferencia entre presumir que una enfermedad es profesional y considerarla como tal.

Se podría contestar señalando que en el primer caso se trata de una presunción *iuris tantum*, y en el segundo, *iuris et de iure*.

Ahora bien, en el primer supuesto —trabajadores que no son del sector salud—, el art. 1° del DNU 367/2020 remite al art. 6°, apart. 2°, inc. c), LRT, referido a las enfermedades no listadas, a las que se exige, para ser consideradas como tales, la existencia de “...causa directa e inmediata de la ejecución del trabajo...”. Con ello queremos señalar que, al presumirse la profesionalidad de la dolencia no listada, se está presumiendo, en definitiva, que ella es “...causa directa e inmediata de la ejecución del trabajo...”

Pero he aquí que, para el caso de los trabajadores del sector salud, en el art. 4° del citado DNU se dice que “...se considerará que la enfermedad [...] guarda relación de causalidad directa e inmediata con la labor efectuada...”. Pero agrega: “...salvo que se demuestre, en el caso concreto, la inexistencia de este último supuesto fáctico”. De esta manera, el “...se considerará...” pasa a ser “presumirá”, porque admite prueba en contrario, al igual que sucede en el caso de los trabajadores dedicados a actividades esenciales en otros rubros que no sean del sector salud.

Por eso, la diferencia es solo aparente.

V.7. Trámite para obtener las prestaciones

V.7.a. Prohibición a la ART de rechazar la cobertura

El art. 2° del DNU 367/2020 establece que las ART no podrán rechazar la cobertura de los trabajadores que cumplan tareas en actividades declaradas esenciales y que padezcan la enfermedad COVID-19, por lo cual deberán otorgar las prestaciones en especie y dinerarias que el sistema prevé (arts. 11 a 20, LRT).

V.7.b. Procedimiento para obtener las prestaciones en especie y las prestaciones dinerarias de la incapacidad laboral temporaria (ILT) (sustitución salarial)

La norma contempla un particular y específico sistema procedimental con competencia originaria de la CMC (art. 5°, res. SRT 38/2020).

El art. 12 de la res. SRT 38/2008 dispone que el procedimiento que ella establece excluye los procedimientos generales establecidos en otras normas, tales como los decs. 717/1996 y 1475/2015 y las res. SRT 179/2015 y 298/2017. La declaración de inaplicabilidad de decretos por una norma de rango inferior, como lo es una resolución, implica un exceso reglamentario, aunque el DNU 367/2020 haya habilitado a la SRT a dictar las medidas reglamentarias de aquella (art. 6°), por cuanto el DNU jamás suspendió ni declaró inaplicables estas disposiciones que la resolución deja sin efecto para este caso.

Por su parte, el art. 11 de la res. SRT 38/2008 declara que todos sus plazos son en días hábiles administrativos y a partir del día siguiente de su notificación, conforme lo habilita la última parte del art. 6° del Cód. Civ. y Com. (36).

(36) Dice: “Modo de contar los intervalos del derecho. El modo de contar los intervalos del derecho es el siguiente: día es el intervalo que corre de medianoche a medianoche. En los plazos fijados en días, a contar de uno determinado, queda este excluido del cómputo, el cual debe empezar al siguiente. Los plazos de meses o años se computan de fecha a fecha. Cuando en el mes del vencimiento no hubiera día equivalente al inicial del cómputo, se entiende que el plazo expira el último día de ese mes. Los plazos vencen a la hora veinticuatro del día del vencimiento respectivo. El cómputo civil de los pla-

V.7.b.1. La denuncia

El art. 43, LRT, señala que el derecho a recibir las prestaciones de esta comienza a partir de la denuncia de los hechos dañosos.

En este caso, el procedimiento se inicia con la denuncia que debe efectuar el trabajador a la ART o al empleador autoasegurado de que padece COVID-19 conforme a un diagnóstico "...emitido por entidad debidamente autorizada..." (art. 2º, DNU 367/2020).

La res. SRT 38/2020 establece que en la denuncia el trabajador deberá acompañar la siguiente documentación y brindar la información que se detalla (art. 1º):

- estudio diagnóstico de una entidad sanitaria incluida en el Registro Federal de Establecimientos de Salud (37);

- en él debe constar que el trabajador padece de COVID-19;

- debe estar firmado por un profesional con identificación y número de matrícula;

- descripción del puesto de trabajo, funciones y actividades o tareas habituales y jornadas de trabajo durante la dispensa del aislamiento;

- constancia de la dispensa del aislamiento expedida por el empleador para certificar que se trata de una empresa que cumple una actividad esencial.

Dicha constancia debe contener:

- denominación del empleador y datos de individualización (CUIT, domicilio, etc.);

zos es de días completos y continuos, y no se excluyen los días inhábiles o no laborables. En los plazos fijados en horas, a contar desde una hora determinada, queda esta excluida del cómputo, el cual debe empezar desde la hora siguiente. Las leyes o las partes pueden disponer que el cómputo se efectúe de otro modo".

(37) Dicho Registro fue creado por la res. 1070/2009 del Ministerio de Salud e incluye a "...todos los establecimientos de salud con y sin internación, del ámbito público y privado fiscalizados por autoridad competente y según la reglamentación vigente en cada jurisdicción" (art. 3º).

- nombre, apellido y DNI del trabajador.

Hubiese sido conveniente y más sencillo habilitar a las ART a efectuar los estudios pertinentes para establecer si un trabajador cubierto por ella presenta la dolencia. De esta manera se evitaría el doble trámite de constatación de la enfermedad en una entidad y la posterior denuncia en una ART, sobre todo teniendo en cuenta la rapidez necesaria en el inicio del tratamiento y la extensión geográfica del país, que hace que muchas veces ambos organismos estén distantes, con la eventual circulación de una persona infectada.

La resolución de la SRT citada establece que, si hubiere objeciones o controversias entre la ART y el trabajador sobre el cumplimiento de los requisitos formales de la denuncia, ellas serán resueltas por la SRT. En este supuesto, el trabajador o su representante deben efectuar una presentación ante el Departamento de Atención al Público de ese organismo, el que deberá resolver la cuestión, previo dictamen jurídico, dentro del plazo máximo e improrrogable de 48 horas de recibida la denuncia (art. 2º).

El art. 2º del DNU 367/2020 establece que las ART no podrán rechazar la cobertura de las personas que padezcan de la enfermedad COVID-19 y que cumplan tareas en actividades declaradas esenciales, por lo cual deberán otorgar las prestaciones en especie y dinerarias que el sistema prevé (arts. 11 a 20, LRT). Es por este motivo que no se prevé un procedimiento específico para el caso de rechazo de la denuncia.

A su vez, la res. SRT 38/2020 delega en su Gerencia Prestacional el dictado de normas reglamentarias para regular el procedimiento y registración de denuncias de contingencias (art. 16).

V.7.b.2. Otorgamiento de las prestaciones correspondientes a la ILT

Desde el momento de la denuncia en esas condiciones, la ART debe otorgar "...en forma inmediata..." las prestaciones en especie y dinerarias contempladas por la ley 24.557 (art. 2º, DNU 367/2020).

Ellas son: la prestación salarial, cuyos primeros diez [10] días son a cargo del empleador (art. 13, LRT), la asistencia médica y farmacéutica, prótesis, ortopedia, rehabilitación, recalificación profesional y servicio funerario (art. 20, apart. 1º, LRT).

El plazo de la ILT es hasta el alta o la declaración de incapacidad laboral permanente, o el transcurso de dos [2] años desde la primea manifestación invalidante o el fallecimiento de la víctima (art. 7º, apart. 2º, LRT), lo que ocurra primero.

V.7.c. Procedimiento para obtener las indemnizaciones dinerarias de la LRT por incapacidad laboral definitiva (arts. 14, apart. 2º; 15, apart. 2º; 17 y 18, LRT)

V.7.c.1. Inicio del procedimiento

Luego de la aceptación de la profesionalidad del COVID-19 padecido por el trabajador de una actividad esencial y finalizado el período de ILT, se inicia el procedimiento para la determinación de la definitividad de la enfermedad (art. 14, LRT) y, por ende, el porcentaje de incapacidad atribuible a ella (arts. 3º a 12 de la res. SRT 38/2020).

Dicho procedimiento se inicia por una presentación que debe formular el trabajador o sus derechohabientes o apoderados, con patrocinio letrado. El art. 9º de la res. SRT 38/2020 establece que desde la primera presentación y durante todo el trámite aquel es obligatorio. El profesional debe acreditar la matrícula profesional habilitante en la jurisdicción de la Comisión Médica jurisdiccional en donde se inició el procedimiento o en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (sede de la CMC), o matrícula federal. Al patrocinio letrado le es aplicable lo dispuesto en los arts. 3º a 6º de la res. SRT 22/2018, que regulan la actuación de los letrados patrocinantes.

El art. 17 de la res. SRT 38/2020 delega para que en forma conjunta la Gerencia Técnica y la Gerencia de Administración de Comisiones Médicas de la SRT dicten las normas para implementar una Mesa de Entradas Virtual en el ámbito de las Comisiones Médicas jurisdiccionales y Central, a efectos de realizar en forma no presencial dicho trámite, y la verificación de las

condiciones de legitimación de los apoderados o derechohabientes y todas las presentaciones necesarias en el marco de la emergencia pública dispuesta por el DNU 260/2020.

V.7.c.2. Dónde se presenta

La presentación para la determinación definitiva del carácter profesional de la enfermedad COVID-19 se debe efectuar ante la Comisión Médica jurisdiccional correspondiente al domicilio del trabajador (art. 3º, punto 1, res. SRT 38/2020).

Ello constituye una excepción a lo establecido por el párr. 2º del art. 1º de la ley 27.348 (38), en cuanto expresa: “Será competente la Comisión Médica jurisdiccional correspondiente al domicilio del trabajador, al lugar de efectiva prestación de servicios por el trabajador o, en su defecto, al domicilio donde habitualmente aquel se reporta, a opción del trabajador y su resolución agotará la instancia administrativa”.

V.7.c.3. Contenido de la presentación

En la presentación, el trabajador o, en su caso, los derechohabientes, deben contar con patrocinio letrado (art. 3º, inc. 1º, y art. 9º, res. SRT 38/2020) y se debe constituir domicilio, en donde serán válidas todas las notificaciones (art. 10, res. SRT 38/2020).

En cuanto al contenido de la presentación, el art. 3º, inc. 1º, res. SRT 38/2020, señala:

“a) Descripción del puesto de trabajo, funciones, actividades o tareas habituales desarrolladas así como las jornadas trabajadas durante la dispensa del aislamiento social, preventivo y obligatorio ordenado por el DNU 297 de fecha 19/03/2020 y normas complementarias (según art. 1º del DNU 367/2020);

“b) El fundamento de la relación de causalidad directa e inmediata de la enfermedad denunciada COVID-19, con el trabajo efectuado en el contexto de dispensa al deber de aislamiento social, preventivo y obligatorio;

“2. DNI del/a trabajador/a (copia o escaneado de anverso y reverso);

(38) BO del 24/02/2017.

“3. DNI y matrícula del/a abogado/a patrocinante (copia o escaneado de anverso y reverso);

“4. Historia clínica de la enfermedad COVID-19, para el supuesto de haber recibido tratamiento médico asistencial a través de obra social o en prestadores públicos o privados;

“5. Constancia de alta médica otorgada por la ART o el EA de conformidad con lo dispuesto por la res. SRT 1838 de fecha 01/08/2014 y complementarias;

“6. Toda otra documentación de la que intente valerse a efectos de acreditar la invocada relación de causalidad”.

V.7.c.4. Traslado de la presentación (art. 4º, res. SRT 38/2020)

De la presentación efectuada por el trabajador o sus derechohabientes, la Comisión Médica jurisdiccional debe correr traslado a la ART o al empleador autoasegurado, según el caso.

Este se efectúa por Ventanilla Electrónica.

El plazo del traslado es de cinco [5] días hábiles, contados desde su notificación.

Si la ART o el empleador autoasegurado no contestan el traslado, las actuaciones continúan su trámite.

Si lo contestan, en la respuesta deben acompañar la documentación e informar lo siguiente (art. 4º, res. SRT 38/2020):

“1. Denuncia de la contingencia en los términos del art. 1º de la presente resolución;

“2. Estudio de diagnóstico emitido por entidad sanitaria autorizada con resultado positivo por coronavirus COVID-19;

“3. Constancia de dispensa expresa otorgada por el empleador;

“4. Historia clínica de la contingencia en donde conste atención médico-asistencial que hubiera sido brindada por parte de la ART o el EA;

“5. Informe de análisis del puesto de trabajo por el Área de Prevención de la ART o el EA y

en donde conste profesional interviniente, título habilitante y matrícula. Dicho informe reviste carácter meramente potestativo en razón de lo cual en caso de no ser presentado se considerará no controvertido lo manifestado tanto en el art. 1º, apart. 2º, como en el art. 3º, apart. 1º, inc. a), de la presente;

“6. Toda otra documentación de la que intente valerse a los efectos de desvirtuar las presunciones previstas en los arts. 1º, 3º y 4º del DNU 367/2020, cuando ello así lo amerite”.

V.7.c.5. Elevación de la solicitud a la CMC (art. 5º, res. SRT 38/2020)

Contestado el traslado o vencido plazo de 5 días hábiles desde la notificación, el expediente es elevado a la CMC para su dictamen.

V.7.c.6. Trámite y dictamen de la CMC (arts. 5º y 6º, res. SRT 38/2020)

La Comisión Médica tiene facultades para disponer, si los antecedentes remitidos no fueren suficientes para resolver, medidas para mejor proveer. En este caso, puede prorrogar por 15 días el plazo para dictaminar (art. 5º, párr. 3º, res. SRT 38/2020).

También puede, conforme viéramos, “...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 art. 1º del presente” (art. 3º, DNU 367/2020).

Si el diagnóstico de coronavirus estuviese confirmado, no se efectúa la audiencia médica de examen físico. La norma no aclara quién debe confirmar el diagnóstico, aunque parecería, por el contexto procedimental, que es la confirmación o el asentimiento de la ART, sea por aceptación expresa o por silencio.

Previo al dictamen de la CMC es necesaria la intervención de un secretario técnico letrado,

que debe expedirse sobre la legalidad del procedimiento realizado y respecto del nexo causal entre la tarea desarrollada por la víctima y la enfermedad padecida.

Luego de ello, la CMC debe emitir el dictamen dentro del plazo de treinta [30] días hábiles administrativos (art. 11, res. SRT 38/2020) de recibidas las actuaciones por ese organismo.

El dictamen debe expedirse sobre la profesionalidad de la enfermedad no incluida en el listado, para lo cual debe recurrir al mecanismo presuncional al que nos hemos referido, resultando “...imprescindible y necesaria...” (art. 3º, párr. 1º, DNU 367/2020), para el reconocimiento de la profesionalidad de la dolencia, la causa *directa e inmediata* (39) del COVID-19 con el trabajo efectuado en el contexto de dispensa del aislamiento.

En cuanto al alcance del dictamen, se mantiene el criterio del art. 6º, apart. 2º, inc. b), LRT (40), introducido por el dec. 1278/2000, en el sentido de que la determinación es para “...cada caso...” (art. 3º, párr. 1º, DNU 367/2020).

V.7.c.7. Opción entre las indemnizaciones de la LRT y las fundadas “...en otros sistemas de responsabilidad”

De conformidad con lo establecido por el art. 4º, párr. 2º, de la ley 26.773 (41), “Los damnificados podrán optar de modo excluyente entre las indemnizaciones previstas en este régimen de reparación o las que les pudieran corresponder con fundamento en otros sistemas de responsabilidad. Los distintos sistemas de responsabilidad no serán acumulables”.

De esta manera, la opción excluyente es entre el sistema resarcitorio regulado por la LRT, o el

(39) Este tipo de causalidad es atípico y no tiene antecedentes en nuestro ordenamiento jurídico civil.

(40) Dice: “Serán igualmente consideradas enfermedades profesionales aquellas otras que, en cada caso concreto, la Comisión Médica Central determine como provocadas por causa directa e inmediata de la ejecución del trabajo, excluyendo la influencia de los factores atribuibles al trabajador o ajenos al trabajo”.

(41) BO del 26/10/2012.

Código Civil y Comercial de la Nación o el fundado en el art. 75, LCT.

Si opta por el sistema civil, conforme a lo establecido por el art. 17, inc. 2º, de la ley 26.773, la competencia judicial es la de los Tribunales Civiles para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y para las provincias que hayan adherido al sistema de esa ley.

Si, en cambio, la víctima opta por la vía del art. 75, LCT, son competentes, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la justicia nacional del trabajo, y en las provincias, los tribunales competentes según los ordenamientos procesales de cada una de ellas.

V.7.c.8. Recursos contra la resolución de la CMC

La res. SRT 38/2020 prevé recursos administrativos y judiciales.

(i) Recursos administrativos:

El art. 7º de la res. SRT 38/2020 establece dos recursos administrativos cuya resolución queda en manos de la CMC.

El plazo para interponer cualquiera de esos recursos es de tres [3] días hábiles, contados desde la notificación del dictamen de la CMC, y deben ser resueltos dentro del plazo de tres [3] días, contados desde la notificación de su interposición a todas las partes.

La interposición de esos recursos no interrumpe el plazo para interponer el recurso judicial de apelación (art. 7º, *in fine*, res. SRT 38/2020).

Los recursos previstos son dos:

- Recurso de rectificación, para que se corrijan los errores materiales o formales que pudiere tener el dictamen, siempre que no se altere la sustancia de la decisión.

- Recurso de revocatoria, que procede cuando existen contradicciones esenciales entre los fundamentos y la resolución o cuando esta omitió expedirse sobre alguna de las peticiones o cuestiones planteadas.

(ii) Recursos judiciales:

Si la víctima del infortunio opta por las indemnizaciones de la LRT, el art. 8° de la res. SRT 38/2020 establece que el plazo para interponer el recurso de apelación es de 15 días hábiles, que no se interrumpe por la interposición de los recursos administrativos. Si bien la norma no expresa desde cuándo comienza a correr ese plazo, consideramos que es desde la notificación de la resolución de la CMC.

Los requisitos formales del recurso son los correspondientes a cada jurisdicción.

El recurso de apelación es directo y es ante los Tribunales Laborales de cada jurisdicción judicial, y, de no existir estos, ante los tribunales de instancia única competentes conforme al mecanismo establecido por los arts. 46, LCT, y 2° de la ley 27.348 (42).

Tratándose de una resolución de la CMC, son competentes “...los tribunales de alzada con competencia laboral o, de no existir estos, ante los tribunales de instancia única con igual competencia, correspondientes a la jurisdicción del domicilio de la Comisión Médica jurisdiccional que intervino” (art. 2°, ley 27.348).

V.8. Financiación

El art. 5° del DNU 367/2020 establece que el Fondo Fiduciario de Enfermedades Profesionales (FFEP) se hará cargo del pago del total de las prestaciones hasta 60 días después de la finalización del plazo del aislamiento social preventivo y obligatorio.

La res. SRT 38/2020 establece que comprende las prestaciones en especie, las correspondientes a la ILT y la indemnización por incapacidad laboral permanente (ILP) y fallecimiento (arts. 13 y 14).

Respecto de estas últimas, es necesario contar con la determinación definitiva del carácter profesional de la contingencia y el cumplimiento del procedimiento establecido por la norma (cap. 2).

(42) BO del 24/02/2017.

La solicitud de imputaciones de pago al FFEP debe ser denunciada por las ART o los empleadores autoasegurados en el Registro de Movimientos del Fondo Fiduciario de Enfermedades Profesionales (art. 15 de la res. SRT 38/2020).

Conforme viéramos, respecto del personal de salud, la cobertura es hasta 60 días posteriores de finalizada la emergencia sanitaria, hecho este que, conforme al DNU 260/2020, ocurrirá el 11/05/2021.

De esta manera, habría un lapso —entre la terminación de los 60 días de finalizado el aislamiento y los 60 días después de la terminación de la emergencia sanitaria— en el cual las prestaciones deberán ser afrontadas por la ART, con una peculiaridad, dado que, como no se conoce aún la latencia del virus, puede suceder que su primera manifestación invalidante suceda con posterioridad.

Por su parte, el art. 16 de la res. SRT 38/2020 delega en las Gerencias Técnicas y de Administración de las Comisiones Médicas la regulación de los procedimientos de tratamiento y registro de las contingencias, y los mecanismos de imputación de estas últimas al FFEP.

VI. Comentario final

Como una primera observación, cabe señalar que esta situación de emergencia pone de relieve un aspecto del sistema de riesgos del trabajo no muy tenido en cuenta, como es su vinculación y necesario anclaje en la salud pública. No hay duda de que la salud de los trabajadores hace a la salud pública, y creemos que sería muy positivo para el sistema que aquella tuviera un rol preponderante, no solo en lo que hace al aspecto prestacional, sino también en la no menos relevante cuestión de la prevención.

Este anclaje, además, permitiría tener una noción más clara y precisa del estado de salud de la población general, y no solo de los trabajadores dependientes, para poder adoptar medidas preventivas generales.

En lo que hace específicamente al DNU comentado, podemos señalar que hubiese sido conveniente incluir al COVID-19 en el listado

de enfermedades profesionales para el caso de los trabajadores de salud, evitando recurrir a un mecanismo causal engorroso.

Respecto de los restantes casos, no luce irrazonable la presunción de profesionalidad, pero lo que sí complica innecesariamente es el ida y vuelta probatorio, que no resuelve la cuestión. Con la presunción sustentada en los hechos que

el DNU 367/2020 detalla **(43)**, el mecanismo causal de las enfermedades no listadas era suficiente.

(43) Número relevante de infectados en la actividad en un establecimiento determinado de esa actividad, cercanía o posible contacto, o hechos reveladores de que el contagio haya sido en ocasión del cumplimiento de las tareas en la actividad esencial.

El DNU 367/2020, el ¿reconocimiento? del COVID-19 como enfermedad profesional y el deber de prevención

Raúl A. Oyola (*)

Sumario: I. Introducción.— II. ¿El reconocimiento del COVID-19 como enfermedad profesional?— III. El caso de los trabajadores de la salud.— IV. Vigencia del régimen especial.— V. El deber de prevención.

I. Introducción

Ante la emergencia sanitaria mundial que vivimos actualmente causada por la rápida difusión del virus denominado COVID-19, declarado pandemia por la Organización Mundial de la Salud en fecha 11/03/2020, nuestro país mediante la ley 27.541 (BO 23/12/2019) declaró la emergencia sanitaria, siendo ampliada mediante decreto de necesidad y urgencia del PEN 260/2020 por el plazo de un año a partir del 12/03/2020. Posteriormente en fecha 20/03/2020 mediante decreto de necesidad y urgencia 297/2020 del PEN se dispuso la medida de aislamiento social preventivo y obligatorio (art. 1º), consistente en que las personas deberán permanecer en sus residencias habituales o en las residencias que se encontraran el día de inicio de aislamiento ordenado (art. 2º). En el art. 6º se determina quiénes quedan exceptuados de la prohibición de circular por encontrarse afectados a actividades o servicios considerados esenciales, enumerándose 24 excepciones. Plazo que posteriormente fuera ampliado mediante los decs. 325/2020,

355/2020, 408/2020, 459/2020 y sucesivas prórrogas.

Una de las consecuencias de la pandemia ha sido la enorme cantidad de contagios entre la comunidad y la gran velocidad con la que se han producido, dentro de los cuales muchas de las personas afectadas por el virus COVID-19 son trabajadores tanto de las actividades relacionadas con la salud, como también de las que han sido exceptuadas del aislamiento obligatorio con el transcurso de los días.

Desde el comienzo de los contagios en nuestro país, cualquier persona que contrajera la infección prestando sus tareas, para poder tener cobertura por parte del sistema de riesgos del trabajo, debía realizar el trámite ante la Comisión Médica local conforme lo establece el art. 6º de la LRT en su inc. 2º, aparts. b) y c). Realizamos tal afirmación, porque el COVID-19 no quedaría encuadrado como “accidente de trabajo” ni como “enfermedad profesional”, de acuerdo con el listado previsto en el dec. 658/1996 al que remite la LRT.

En consecuencia, para que el trabajador pudiera gozar de las prestaciones en especie previstas por el art. 20 de la LRT, y en caso de corresponder, las prestaciones dinerarias de la LRT, previamente la Comisión Médica Jurisdiccional tenía que considerar configurado el nexo causal entre las tareas desarrolladas y la infección padecida, para así ordenar a la ART contra-

(*) Abogado (Universidad de Mendoza). Magíster en derecho del trabajo y rel. lab. int. (UNTREF). Posgraduado en derecho procesal del trabajo y derecho societario en la Universidad Nacional de Cuyo. Coordinador Académico y de extensión y vinculación de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza (sede San Rafael). Secretario del Instituto de Investigación en derecho laboral de la UM. Profesor de Derecho del Trabajo II, D, Int. Privado, y Práctica Profesional en la FCJS de la Universidad de Mendoza.

tada por el empleador de la persona infectada que brinde la cobertura de acuerdo con la LRT; asimismo debía remitirse de oficio el dictamen a la Comisión Médica Central para ser confirmado o revocado.

El trámite previo que debía realizar el trabajador no solo resultaba engorroso, sino que, además, en los casos de empleados que debían ser internados en una institución médica debido a la enfermedad, solo podían iniciar el trámite ante la Comisión Médica Jurisdiccional una vez que fueran dados de alta médica, debiendo cubrir mientras tanto los gastos médicos por su cuenta, debiendo abonar con sus propios ingresos cada suma de dinero que no fuera cubierta por su obra social.

Para evitar situaciones como la señalada en el párrafo precedente, se presentaron acciones de amparo con la finalidad de obtener la cobertura del COVID-19 por parte de las ART. Así, en la causa “Cáceres, Carolina Alejandra c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, el Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo, de Feria, en fecha 01/04/2020 (AR/JUR/6674/2020), hizo lugar a la medida cautelar solicitada por la trabajadora, ordenando al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires a dar estricto cumplimiento a la entrega de los equipos de protección personal y a Provincia ART a arbitrar los medios de prevención y control necesarios, bajo apercibimiento de astreintes diarios; y un día después se ordenó idéntica medida contra el Hospital Italiano y La Segunda ART, a los fines de que se proporcionen las medidas de seguridad necesarias para el personal.

Ello fue así hasta que el día 13/04/2020 el Poder Ejecutivo Nacional dictó el Decreto de Necesidad y Urgencia 367/2020, norma que trata de generar un marco de certeza respecto a la cobertura de trabajadores que prestan servicios esenciales o en actividades declaradas esenciales, y exceptuadas del cumplimiento del aislamiento, social, preventivo y obligatorio.

II. ¿El reconocimiento del COVID-19 como enfermedad profesional?

Lo primero que consideramos pertinente poner en relieve es que el DNU 367/2020 “no” incorpora al COVID-19 al listado de enferme-

dades profesionales del dec. 658/1996 y normas complementarias.

El DNU 367/2020 en su art. 1º establece 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 apart. 2º, inc. b) del art. 6º 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 dec. 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 art. 4º del presente decreto”.

El art. 1º de la nueva norma es claro respecto a no incorporar al COVID-19 como enfermedad profesional, sino dentro de la categoría de “enfermedad profesional no listada”, debiendo en consecuencia tramitar su reconocimiento como tal —en períodos fuera del ámbito de vigencia del DNU 367/2020— ante las Comisiones Médicas y de acuerdo con el procedimiento previsto por el art. 6.2.b de la ley 24.557.

Lo trascendente del DNU 367/2020 es que, transitoriamente —únicamente mientras dure el período de vigencia del DNU 297/2020 y sus prórrogas, y para el personal de salud hasta finalizado el plazo de emergencia sanitaria del DNU 260/2020 y sus eventuales prórrogas—, establece un régimen especial a efectos de simplificar y agilizar el trámite de reconocimiento de la contingencia como enfermedad profesional, disponiendo que, cuando un trabajador estime que ha contraído el COVID-19 en la prestación de servicios, realizando alguna de las actividades exentas del aislamiento social preventivo y obligatorio, y se realice la denuncia ante la ART contratada por el empleador, la aseguradora deberá brindar al trabajador las prestaciones en especie y dinerarias de la ley 24.557 al *presumirse* que la enfermedad ha sido causada por el trabajo.

El art. 2º del decreto analizado establece que las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo no podrán rechazar la cobertura de las contingencias

previstas en el art. 1º y deberán otorgar en forma inmediata las prestaciones previstas en la ley 24.557 y sus normas modificatorias y complementarias al tomar conocimiento de la denuncia del infortunio laboral, la que deberá estar *acompañada del correspondiente diagnóstico confirmado por entidad debidamente autorizada* (1).

Lo importante es que el DNU 267/2020 desde la recepción de la denuncia impone a las aseguradoras la obligación de brindar las prestaciones dinerarias y en especie; e impide a las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo rechazar la denuncia bajo el argumento de no ser el COVID-19 una enfermedad profesional listada.

II.1. El procedimiento

El art. 3º del DNU 367/2020 coloca en cabeza de la Comisión Médica Central la determinación definitiva del carácter profesional de la infección por COVID-19, señalando que entenderá originariamente a efectos de confirmar la presunción prevista en el art. 1º de la misma norma.

Encontrándose la Comisión Médica Central en Buenos Aires, y posiblemente ante la posible embestida constitucional contra el procedimiento, por no sustanciarse trámites previos ante las Comisiones Médicas locales (cfr. art. 3º de la norma analizada), la reglamentación del DNU 367/2020 (res. 38/2020 de la SRT, BO 29/04/2020) en su art. 3º establece que el trámite para la determinación definitiva del carácter profesional de la enfermedad COVID-19 deberá ser iniciado a través de la Mesa de Entradas de la Comisión Médica Jurisdiccional (C.M.J.) correspondiente al domicilio del trabajador o mediante la Mesa de Entradas Virtual

(1) En fecha 29/04/2020 se publica la resolución 38/2020 de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, reglamentaria del DNU 367/2020, estableciendo en su art. 1º, apart. 1º, que se determina como requisito formal el estudio de diagnóstico de entidad sanitaria incluida en el Registro Federal de Establecimientos de Salud (REFES) creado por la resolución del Ministerio de Salud de la Nación (MSN) 1070 de fecha 26 de junio de 2009, con resultado positivo por coronavirus COVID-19, debidamente firmado por profesional identificado y habilitado por la matrícula correspondiente.

que se habilitará al efecto (2); y deberá contar con patrocinio letrado obligatorio (cfr. art. 9º de la reglamentación). También se establece que *se prescindirá de la audiencia médica de examen físico*, debido a que el diagnóstico confirmado de COVID-19 es presupuesto necesario de la cobertura prevista en los arts. 1º y 2º del DNU 367/20 (art. 5º de la reglamentación). Por último, y para tratar de evitar planteos de inconstitucionalidad referidos a la limitación del derecho a acceder a la justicia —como sucediera en los precedentes donde la Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad de las Comisiones Médicas: precedentes “Castillo” en 2004, “Obregón” en 2012, entre otras—, el art. 8º de la resolución 38/2020 de la SRT, al referirse al Recurso de Apelación, establece: “El decisorio de la Comisión Médica Central (C.M.C.), emitido en ejercicio de la competencia originaria conferida por el art. 3º del decreto de Necesidad y Urgencia 367/2020, será recurrible en los términos de lo previsto en el art. 46 de la Ley 24.557 y el art. 2º de la ley 27.348, mediante recurso directo, por cualquiera de las partes, *ante los tribunales de alzada del fuero laboral de la jurisdicción correspondiente* o, de no existir estos, ante los tribunales de instancia única que resulten competentes...”

La reglamentación, además, determina los recaudos formales de la presentación que se realice ante la Comisión Médica (art. 3º), el traslado que debe otorgarse a la ART (art. 4º), el plazo para que la CMC dictamine (art. 6º), y los recursos administrativos que pueden interponerse (art. 7º), lo referente a domicilios y notificaciones (art. 10) y el modo de computar los plazos (art. 11), entre otras disposiciones que no hacen al efecto del presente análisis.

Lo que debe resaltarse es que para las infecciones por COVID-19, el DNU 367/2020 y la res. 38/2020 de la SRT establecen un procedimiento administrativo *especial y diferente* al previsto por el art. 6º, inc. 2º en los aparts. b) y c) de la

(2) Al día 02/05/2020 no se encuentra en funcionamiento la Mesa de Entradas Virtual a que hace referencia el art. 17 de la resolución 38/2020 de la SRT, por lo que en fecha 30/04/2020 mediante resolución 40/2020 de la SRT se dispuso que pueda realizarse el trámite para determinar el carácter profesional del COVID-19 a través del módulo “Trámites a Distancia” (TAD del Sistema de Gestión Documental Electrónica (GDE) aprobado por el dec. 1063 de fecha 04/10/2016.

ley 24.557 y el dec. 410/2001, *excluyendo a todas las demás normas que se le opongán*, lo que implica que una vez recibida por parte de la ART la denuncia por infección de coronavirus, junto a la certificación del diagnóstico, conforme lo prevé la norma reglamentaria (cfr. art. 1º, apart. 1º), la aseguradora inmediatamente deberá comenzar a otorgar y abonar las prestaciones previstas por la LRT, continuando el trámite al elevarlo a la Comisión Médica Central, para que en definitiva resuelva en instancia administrativa, quedando sujeto el dictamen a la posterior revisión judicial (art. 8º).

La especialidad del procedimiento administrativo creado, con la exclusión de la demás normativa, expresamente ha sido señalada por el art. 12 de la res. 38/2020 de la SRT, que señala: “El procedimiento *especial* establecido en la presente resolución para el trámite administrativo previsto en los arts. 3º y 4º del decreto de Necesidad y Urgencia 367/2020 *será de aplicación excluyente* de los procedimientos previstos en las normas que regulen otros trámites ante las Comisiones Médicas.

En razón de lo dispuesto en el párrafo precedente, y con tales limitados y precisos alcances, resultarán *inaplicables* al procedimiento regulado por la presente resolución todos los preceptos que se le opongán, establecidos en otras normas, así como en el dec. 717 de fecha 28 de junio de 1996, con las reformas introducidas por el dec. 1475 de fecha 29/07/2015, y las resoluciones SRT 179 de fecha 21 de enero de 2015 y 298/2017”.

II.2. Carga de la prueba

El art. 3º del DNU 367/2020, a los fines de confirmar la presunción creada en el art. 1º de la misma norma, señala que la Comisión Médica Central examinará 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. Los efectos de la presunción inicial prevista en el art. 1º llegarían hasta el momento del examen por parte de la Comisión Médica Central —excepto para el personal de salud conforme analizaremos en el punto III cfr. art. 4º de la norma—, y la carga de la prueba de la re-

lación de causalidad entre la actividad desarrollada y la infección por COVID-19 en principio pesa en cabeza del trabajador infectado.

Aquí aparece una nueva disposición novedosa en el párr. 2º del art. 3º, al permitir que la Comisión Médica Central *pueda* 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 art. 1º. Es decir que si la víctima del COVID-19 acredita alguno de los supuestos o indicios que prevé la norma —y la CMC así lo dispone—, operará la carga dinámica de la prueba desplazándose hacia a la ART; y en este caso a la aseguradora cabrá destruir la presunción que pesa en su contra, acreditando que el contagio se ha debido a otros motivos.

Entendemos que a través del procedimiento creado por el DNU 367/2020 y su norma reglamentaria se ha buscado simplificar el trámite administrativo para quienes se vean infectados por el COVID-19, a través de un régimen probatorio y presuncional, más ágil y sencillo que el tradicional de la LRT, pudiendo resultar sumamente útil la solución aplicada, aunque consideramos que puede llegar a verse dificultada la agilidad del trámite, por ser profesionales médicos los que llevarán adelante el procedimiento ante la Comisión Médica Central —y considerando que los temas probatorios y presuncionales no les resultan tan familiares—, ello aunque el trabajador cuente con patrocinio letrado y deba realizarse un dictamen del Secretario Técnico Letrado (Cfr. art. 6º, res. 38/2020 SRT). Esperemos equivocarnos...

III. El caso de los trabajadores de la salud

El art. 4º del DNU 367/2020 establece un régimen diferente para los casos de trabajadores de la salud, señalando que “se considerará que la enfermedad COVID-19, producida por el coronavirus (SARS-CoV-2), *guarda relación de causalidad directa e inmediata con la labor efec-*

tuada, salvo que se demuestre, en el caso concreto, la inexistencia de este último supuesto fáctico.

Aquí aparece una diferenciación a favor del personal de la salud, dado que no será la Comisión Médica Central la que decidirá si resulta aplicable la presunción e inversión de la carga de la prueba, sino que, por expresa disposición de la norma, 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.

A fin de aclarar quiénes podrán ser considerados trabajadores de salud, la res. 38/2020 de la SRT, en su cap. V, titulado “Disposiciones Aclaratorias”, establece en el art. 18 que “A los efectos de lo dispuesto en el art. 4º del Decreto de Necesidad y Urgencia 367/2020, se entenderá como trabajadores/as de la salud, con carácter meramente enunciativo, al personal médico, de enfermería, auxiliares (entendiéndose por tal camilleros, choferes de ambulancia y de transporte de residuos patológicos, mucamas; personal de limpieza y empresas de saneamiento, incluyendo residuos patológicos), de esterilización, administrativos, de vigilancia, secretarías de servicios, mantenimiento, kinesiólogos, bioquímicos (laboratorio y toma de muestras) y todas aquellas actividades desarrolladas en cumplimiento de tareas asistenciales en los tres niveles de atención (guardia, internación y terapia intensiva), debidamente identificados con arreglo a los Clasificadores Industriales Internacionales Uniformes (CIIU) contenidos en el Anexo de Firma Conjunta IF-2020-28303075-APN-GP#SRT que forma parte de la presente resolución (3).

En el caso de las personas que presten servicios como trabajadores de la salud, bastará con acreditar que pertenecen a dicha actividad para que se tenga por cierta la vinculación entre el trabajo o actividad laboral y la patología.

A diferencia de los trabajadores comprendidos en el art. 1º del DNU 367/2020, los trabaja-

dores de la salud no deberán acreditar ningún indicio —como exige el art. 3º de la norma respecto del resto de las actividades excluidas del aislamiento social preventivo y obligatorio— para gozar de la presunción legal, porque el art. 4º expresamente ya la dispone.

Al tratarse de una presunción *iuris tantum*, la ART contratada por el empleador podrá aportar pruebas para acreditar que el contagio se ha debido a una circunstancia diferente al trabajo.

IV. Vigencia del régimen especial

El DNU 367/2020 fue publicado el 14/04/2020 en el Boletín Oficial, con lo que en circunstancias normales comenzaría su vigencia a partir de dicha fecha; no obstante lo cual, el art. 7º de la norma en estudio señala 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*”. En consecuencia, será a partir del 20/03/2020 la fecha de aplicación del régimen procedimental especial que prevé la norma en crisis (fecha de publicación en el BO).

Nos encontramos frente a una excepción a la regla conforme a la cual las leyes no tienen efecto retroactivo. Así lo dispone el art. 7º del Cód. Civ. y Com., pero dicha norma establece también en su segundo párrafo que excepcionalmente se admite la retroactividad cuando expresamente se la prevé, tal como sucede con el DNU 367/2020.

No podemos pasar por algo que el segundo párrafo *in fine* del art. 7º del Cód. Civ. y Com. señala que “La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales”. Esto en principio podría considerarse sujeto a planteos de índole constitucional por afectación del derecho de propiedad por parte de las ART, pero al haberse previsto en el DNU 367/2020 (cfr. art. 5º) y res. 38/2020 (art. 13) que el financiamiento de las prestaciones será a cargo del Fondo Fiduciario de Enfermedades Profesionales (dec. 590/1997 y DNU 1278/2000), la legitimación activa por parte de las aseguradoras resultaría de muy dudosa validez.

(3) El anexo I a la resolución 38/2020 enumera 21 actividades conforme a los Clasificadores Industriales Internacionales Uniformes (CIIU).

Al tratarse de un régimen especial y transitorio, la vigencia del procedimiento previsto por el DNU 367/2020 se extenderá —dependiendo de la actividad que desarrollen los trabajadores— hasta la finalización del Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio y de la emergencia sanitaria según el caso. Para los trabajadores exceptuados del aislamiento obligatorio (cfr. art. 1º), pero que no pertenecen a la categoría de personal de salud, finalizará la protección especial cuando finalice el aislamiento previsto por el DNU 297/2020 y sus prórrogas. En cambio, para los trabajadores de la salud comprendidos en el art. 4º del DNU 367/2020 y res. 38/2020 de la SRT (Cfr. art. 18 y anexo), el régimen especial caduca a los 60 días desde la finalización de la emergencia sanitaria dispuesta por el DNU 260/2020 y sus eventuales prórrogas. Conforme ha dispuesto la reglamentación en su art. 11 y al tratarse de una norma procesal, el plazo se computará en días hábiles.

Vencidos los plazos enunciados precedentemente, todo trabajador que haya sido contagiado en ocasión de su trabajo, deberá realizar el procedimiento habitual de la LRT —art. 6º, inc. 2º, apart. b) de la ley 24.557 y del dec. 410/2001—, ante la Comisión Médica Jurisdiccional.

Entendemos que ha quedado una situación de vacío respecto a los trabajadores comprendidos en el art. 1º del DNU 367/2020 —exentos del Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio pero que no pertenecen al sector salud—, que se hubiesen contagiado antes de la finalización del aislamiento, pero que toman conocimiento con posterioridad a su cese. En la resolución 38/2020 de la SRT nada se dijo al respecto, por lo que consideramos que se ha dejado pasar una oportunidad valiosa de brindar la cobertura especial del procedimiento del DNU 367/2020 a quienes aún no tengan los síntomas de la enfermedad, pero se encuentren en período de incubación del virus —la sintomatología suele evidenciarse entre el quinto día y el 14, desde que ha sido contraída, según la información médica disponible hasta el momento—.

V. El deber de prevención

La velocidad con la que la pandemia por COVID-19 irrumpió en todo el mundo ha gene-

rado que deban llevarse adelante medidas contra reloj para tratar de morigerar los efectos que el virus ha provocado en todos los aspectos de la vida diaria. Nuestro país no ha sido la excepción, donde, además de la medida de Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio, se ha dispuesto un sinnúmero de normas para regular diferentes situaciones derivadas de la enfermedad. En dicho marco se han dictado las diferentes normas analizadas en el presente trabajo, referidas a la cobertura por el sistema de riesgos del trabajo a los trabajadores exceptuados del aislamiento obligatorio. Pero como suele suceder cuando la premura es la regla, suelen dejarse en un segundo plano cuestiones muy importantes; y por ello decidimos dedicar el último punto de nuestro estudio al muchas veces olvidado *deber de prevención*, y su especial situación frente al COVID-19.

Sabido es que la prevención de los riesgos del trabajo —muchas veces relegada por las reparaciones dinerarias— debe ser el objetivo principal del sistema de riesgos del trabajo. Y frente al vorágine sanitaria que enfrentamos hoy en día, muchas veces la prevención se realiza de manera totalmente deficiente (4) y solo llevada adelante por el esfuerzo individual de los propios trabajadores.

No podemos olvidar que la ley 24.557 en su art. 1º, inc. 1º) dispone que “la prevención de los riesgos y la reparación de los daños derivados del trabajo se regirán por esta LRT y sus normas reglamentarias”. En el inc. 2º) establece que “Son objetivos de la ley sobre Riesgos del Trabajo reducir la siniestralidad laboral a través de la prevención de los riesgos derivados del trabajo”, entre otras que enumera el mentado art. 1º. En igual sentido, el art. 4º dispone que “los empleadores y los trabajadores comprendidos en el ámbito de la LRT, así como las propias ART, están obligados a adoptar las medidas legalmente previstas para prevenir eficazmente los riesgos del trabajo. En el inc. 2º) establece que los contratos entre la ART y los empleadores incorpora-

(4) Al día 02/05/2020 ya habían fallecido 9 personas, y habían sido contagiadas 764 trabajadores que se desempeñan en el ámbito de la salud. Véase <https://www.infobae.com/sociedad/2020/05/02/coronavirus-en-argentina-ya-son-9-los-muertos-en-el-area-de-salud-y-sigue-aumentando-el-numero-de-contagios/>.

rán un Plan de Mejoramiento de las condiciones de higiene y seguridad que indicará las medidas y modificaciones que los empleadores deban adoptar en cada uno de sus establecimientos para adecuarlos a la normativa vigente. La ART controlará la ejecución del Plan de Mejoramiento y está obligada a denunciar los incumplimientos a la Superintendencia de Riesgos del Trabajo (SRT) (inc. 4º).

En igual sentido, la ley 19.587 (Ley de Higiene y Seguridad en el Trabajo) dispone en el art. 4º que la higiene y seguridad en el trabajo comprenderá las normas técnicas y medidas sanitarias, precautorias, de tutela o de cualquier otra índole que tengan por objeto: a) proteger la vida, preservar y mantener la integridad psicofísica de los trabajadores; b) *prevenir, reducir, eliminar o aislar* los riesgos de los distintos centros o puestos de trabajos; y c) estimular y desarrollar una actitud positiva respecto de la prevención de los accidentes o enfermedades que puedan derivarse de la actividad laboral. El art. 7º de la misma normativa establece que “las reglamentaciones de las condiciones de seguridad en el trabajo deberán considerar primordialmente: d) *equipos de protección individual de los trabajadores*; e) prevención de accidentes de trabajo y enfermedades del trabajo. Se establece también en el art. 8º que *todo empleador debe adoptar y poner en práctica las medidas adecuadas de higiene y seguridad para proteger la vida y la integridad de los trabajadores*, siendo obligación de los empleadores disponer la revisión periódica del personal, registrando sus resultados en el respectivo legajo de salud (art. 9º).

Es destacable que uno de los objetivos primordiales de la LRT ha sido la reducción de la siniestralidad a través de la prevención de los riesgos, estableciendo obligaciones en cabeza de las aseguradoras (art. 1º, apart. 2º, inc. a) y art. 4º, apart. 1º de la ley 24.557) y empleadores (art. 4º de la LRT, arts. 7º, incs. d) y e), y 8º de la ley 19.587). Resulta importante recordar lo señalado por la Corte Suprema en la causa “Torrillo”, del 31/03/2009, cuando sostuvo que la índole primaria, sustancial o primordial dada a la faz preventiva en materia de accidentes y enfermedades del trabajo, se impone fundamentalmente por su indudable connaturalidad con el principio protectorio enunciado en el art. 14 bis de la CN (“el trabajo en sus diversas formas go-

zará de la protección de las leyes”), que además, dispone que estas últimas deberán asegurar al trabajador “condiciones dignas y equitativas de labor”. La Corte sostuvo también que la LRT, para el logro del mentado objetivo de prevención, creó un sistema en el cual las ART tienen “una activa participación”, a través del rol fiscalizador, que representa un paso novedoso que potencia los controles sobre las empresas. La prevención en la protección de la salud y de la integridad física del trabajador es el presupuesto legítimo de la prestación de servicios (cfr. fallo “Aquino”, voto de la Dra. Highton de Nolasco).

Lamentablemente el marco actual del aislamiento y la velocidad con que se ha desencadenado el avance de la pandemia atentan contra las tareas de prevención en cabeza de las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo. A ello debe sumarse que los costos de las prestaciones previstas en el DNU 367/2020 sean soportados por el Fondo Fiduciario de Enfermedades Profesionales tampoco incentiva a que los aseguradores redoblen esfuerzos para prevenir los contagios en el ámbito laboral.

Por ello entendemos que resultará fundamental la labor de las entidades sindicales representativas de los trabajadores que se encuentran exceptuados del Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio, para que sean estas quienes requieran a los empleadores la íntegra y oportuna entrega de elementos de protección personal para los trabajadores, además, de instar a las ART para que controlen la provisión del equipamiento y elementos para garantizar la integridad física de los trabajadores, como también arbitren los medios —que bajo la modalidad virtual puede ser una opción— a fin de capacitar al personal para la prevención de contagios y, en su caso, denuncien los incumplimientos en que incurra el empleador por ante la SRT.

Si bien la SRT emitió la disposición 5/2020 (BO 28/03/2020), donde en sus cuatro anexos establece una serie de recomendaciones que los empleadores y trabajadores deben seguir tanto en su desplazamiento desde el domicilio hasta el lugar de trabajo y viceversa, como también respecto a la manipulación y manejo de sus artículos personales y elementos de protección personal, no es menos cierto que sin el efectivo cumplimiento y contralor respecto a las dis-

posiciones de la Ley de Higiene y Seguridad en el Trabajo, las recomendaciones se tornan letra muerta; así como la vorágine diaria del trabajo genera que se olviden las recomendaciones —o en muchos casos que ni siquiera puedan ser leídas por los empleados que deben prestar su labor en la actualidad—, viéndose esto reflejado en la cantidad de trabajadores que han sido contagiados cumpliendo sus tareas desde el inicio de la pandemia.

No podemos olvidar que el art. 75 de la LCT al referirse el deber de seguridad del empleador, en su segundo párrafo señala que “está *obligado* a observar las disposiciones legales y reglamentarias pertinentes sobre *higiene y seguridad en el trabajo*. El trabajador podrá 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 la constitución en mora...”. Es decir que ante la falta de provisión de los elementos de protección personal por parte

del empleador, el trabajador que debe cumplir tareas a pesar del aislamiento podría rehusarse a prestar su tarea hasta que no se le entreguen los Equipos de Protección Personal (EPP), debido a que la infección por COVID-19 implica un *peligro concreto e inminente de sufrir un menoscabo en su salud*, pudiendo también optar por emplazar a su empleador por medio fehaciente a que le entregue los elementos para su seguridad, bajo apercibimiento de no prestar tareas, encontrándose justificado su accionar si continúa el actuar reticente por parte de aquel.

En definitiva, entendemos que no es tiempo de enfrentamientos ni actitudes mezquinas, por lo que todos los involucrados —empleadores, sindicatos, aseguradoras de riesgos del trabajo y trabajadores— tienen que colaborar en la tarea de prevención, para evitar contagios por parte de los trabajadores que tienen que desempeñar su labor a pesar del aislamiento, exponiéndose a ser infectados por el coronavirus. Como sociedad debemos evolucionar y pensar en todos esos trabajadores, que, evidentemente, merecen que los cuidemos.

SEGURIDAD SOCIAL

Pandemia COVID-19.

Un pequeño aporte para el análisis de distintas situaciones laborales y de la seguridad social

Oscar Alonso Fontán

Sumario: I. Introducción.— II. Ampliación de la emergencia sanitaria.— III. Aislamiento social, preventivo y obligatorio (“ASPO”).— IV. Prohibición de despidos y suspensiones.— V. Ley de Riesgos de Trabajo.— VI. Instituciones relacionadas con la salud.— VII. Subsidios extraordinarios e Ingreso Familiar de Emergencia.— VIII. Una luz de ayuda para los empleadores

I. Introducción

El presente artículo intentará llevar un pequeño aporte para entender cómo afecta la declaración de “pandemia” por parte la Organización Mundial de la Salud (al brote del nuevo coronavirus) a las relaciones laborales y sus consecuencias en determinados beneficios de la seguridad social.

II. Ampliación de la emergencia sanitaria

Con fecha 11 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud (OMS), declaró el brote del nuevo coronavirus como una pandemia, luego de que el número de personas infectadas por COVID-19 a nivel global llegara a 118.554, y el número de muertes a 4.281, afectando hasta ese momento a 110 países.

Considerando lo expuesto precedentemente el Poder Ejecutivo Nacional establece a través del dec. 260/2020 (BO del 12/03/2020) ampliar por un año la emergencia sanitaria, destacándose los siguientes aspectos:

- *Aislamiento obligatorio.*
- *Obligación de la población de reportar síntomas.*

- *Suspensión de vuelos de zonas afectadas.*

- *El Ministerio de Trabajo establecerá las condiciones de trabajo y licencias.*

- *El Ministerio de Educación determinará las condiciones en que se desarrollará la escolaridad en los establecimientos públicos y privados.*

- *Sanciones por infracción a las normas de la emergencia sanitaria.*

- *Suspensión de eventos masivos.*

En lo que estrictamente aplica a nuestra materia, resaltamos lo siguiente:

Aislamiento preventivo (art. 7º): “Deberán permanecer aisladas durante 14 días, plazo que podrá ser modificado por la Autoridad de Aplicación según la evolución epidemiológica, las siguientes personas:

“a) Quienes revistan la condición de ‘casos sospechosos’. A los fines del presente decreto, se considera ‘caso sospechoso’ a la persona que presenta fiebre y uno o más síntomas respiratorios (tos, dolor de garganta o dificultad respiratoria) y que además, en los últimos días, tenga historial de viaje a ‘zonas afectadas’ o haya estado en contacto con casos confirmados o pro-

bables de COVID-19. La definición podrá ser actualizada por la autoridad sanitaria, en función de la evolución epidemiológica.

“b) Quienes posean confirmación médica de haber contraído el COVID-19.

“c) Los ‘contactos estrechos’ de las personas comprendidas en los apartados a) y b) precedentes en los términos en que lo establece la Autoridad de Aplicación.

“d) Quienes arriben al país habiendo transitado por ‘zonas afectadas’. Estas personas deberán también brindar información sobre su itinerario, declarar su domicilio en el país y someterse a un examen médico lo menos invasivo posible para determinar el potencial riesgo de contagio y las acciones preventivas a adoptar que deberán ser cumplidas, sin excepción. No podrán ingresar ni permanecer en el territorio nacional los extranjeros no residentes en el país que no den cumplimiento a la normativa sobre aislamiento obligatorio y a las medidas sanitarias vigentes, salvo excepciones dispuestas por la autoridad sanitaria o migratoria.

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

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

“Con el fin de controlar la transmisión del COVID-19, la autoridad sanitaria competente, además de realizar las acciones preventivas generales, realizará el seguimiento de la evolución de las personas enfermas y el de las perso-

nas que estén o hayan estado en contacto con las mismas”.

Para el cumplimiento de lo citado precedentemente establece (art. 12): “El Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social establecerá las condiciones de trabajo y licencias que deberán cumplir quienes se encuentren comprendidos en las previsiones del art. 7º del presente decreto, durante el plazo que establezca la autoridad sanitaria. También podrán establecerse regímenes especiales de licencias de acuerdo a las recomendaciones sanitarias”.

A *posteriori*, mediante el dictado del dec. 287/2020 (BO del 18/3/2020) se establecen algunas precisiones en cuanto a la Emergencia Sanitaria, en relación con ello se modifica el ámbito de aplicación de la ley 20.680 (1974 modificada en 2014), “Ley de Abastecimiento” que establece las normas que rigen con respecto a la compraventa, permuta y locación de cosas muebles, obras y servicios, se elimina temporariamente, mientras dure la emergencia, la exclusión legal (art. 1º, párr. 3º) de los agentes económicos considerados mipymes.

Por lo tanto, la citada Ley de Abastecimiento se aplicará respecto de todos los procesos económicos, independientemente del sujeto que lo realice, incluidas las mipymes.

III. Aislamiento social, preventivo y obligatorio (“ASPO”)

Ante el avance de la enfermedad a nivel mundial, se emite el dec. 297/2020 (BO del 20/03/2020) que dispone el “Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio” en todo el país, desde el viernes 20 hasta el martes 31 de marzo de 2020 que, posteriormente, fue prorrogado en varias ocasiones.

Durante el aislamiento, las personas deberán permanecer en sus residencias habituales o en la residencia en que se encuentren y deberán abstenerse de concurrir a sus lugares de trabajo.

Los trabajadores del sector privado tendrán derecho a la percepción total de sus ingresos habituales.

Durante la vigencia del “ASPO” se suspenden en su totalidad eventos culturales, recreativos,

deportivos, religiosos, la apertura de locales, centros comerciales, establecimientos mayoristas y minoristas, y cualquier otro lugar que requiera la presencia de personas.

El dec. 297/2020 incorpora un primer listado de actividades esenciales:

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 garrapas.

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. SE 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.

II.1. A posteriori, mediante la decisión administrativa (JGM) 429/2020 (BO del 20/03/2020)

1. Industrias que realicen procesos continuos cuya interrupción implique daños estructurales en las líneas de producción y/o maquinarias podrán solicitar autorización a la Secretaría de Industria, Economía del Conocimiento y Gestión Comercial Externa, para no discontinuar su producción, reduciendo al mínimo su actividad y dotación de personal.

2. Producción y distribución de biocombustibles.

3. Operación de centrales nucleares.

4. Hoteles afectados al servicio de emergencia sanitaria. También deberán garantizar las prestaciones a las personas que se hallaren alojadas en los mismos a la fecha del dictado del dec. 297/2020.

5. Dotación de personal mínima necesaria para la operación de la Fábrica Argentina de Aviones Brig. San Martín SA.

6. Las autoridades de la Comisión Nacional de Valores podrán autorizar la actividad de una dotación mínima de personal y de la de sus regulados, en caso de resultar necesario.

7. Operación de aeropuertos. Operaciones de garajes y estacionamientos, con dotaciones mínimas.

8. Sostenimiento de actividades vinculadas a la protección ambiental minera.

9. Curtiembres, con dotación mínima, para la recepción de cuero proveniente de la actividad frigorífica.

10. Los restaurantes, locales de comidas preparadas y locales de comidas rápidas, podrán vender sus productos a través de servicios de reparto domiciliario, con sujeción al protocolo es-

pecífico establecido por la autoridad sanitaria. En ningún caso podrán brindar servicios con atención al público en forma personal.

II.2. Trabajadores y trabajadoras de edificios

El Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, mediante su res. 233/2020 (BO del 23/03/2020) dispone que actividad de los trabajadores y trabajadoras de edificios, con o sin goce de vivienda, se considera esencial hasta el 31 de marzo del año 2020.

Los empleadores de los trabajadores y trabajadoras mencionadas en el artículo precedente deberán establecer cronogramas de prestación de servicios reducidos a los estrictamente necesarios y deberán otorgar los elementos idóneos de limpieza, cuidado, seguridad y prevención, con el objetivo de disminuir el nivel de exposición de estos trabajadores y trabajadoras.

Para la totalidad de actividades declaradas esenciales se aclara que los desplazamientos de las personas que realicen estas actividades se deberán limitar al estricto cumplimiento de las actividades y servicios considerados esenciales.

II.3. Excepciones a cumplir tareas. Licencia laboral para grupos de riesgo

El Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social dispone a través de la res. 207/2020 (BO del 17/03/2020) una licencia de trabajo para empleados privados o estatales incluidos en distintos grupos de riesgo y quienes deban cuidar a hijos menores, de acuerdo con el siguiente detalle:

a) Trabajadores y trabajadoras mayores de sesenta años de edad, excepto que sean considerados "personal esencial para el adecuado funcionamiento del establecimiento". Se considerará "personal esencial" a todos los trabajadores del sector salud.

b) Trabajadoras embarazadas.

c) Trabajadores y trabajadoras incluidos en los grupos de riesgo que define la autoridad sanitaria nacional, que al día de publicación de la resolución son:

- Enfermedades respiratorias crónica: enfermedad pulmonar obstructiva crónica [EPOC], enfisema congénito, displasia broncopulmonar, bronquiectasias, fibrosis quística y asma moderado o severo.

- Enfermedades cardíacas: Insuficiencia cardíaca, enfermedad coronaria, valvulopatías y cardiopatías congénitas.

- Inmunodeficiencias.

- Diabéticos, personas con insuficiencia renal crónica en diálisis o con expectativas de ingresar a diálisis en los siguientes seis meses.

No podrá declararse personal esencial a los trabajadores comprendidos en los incs. b) y c).

Asimismo, mientras dure la suspensión de clases en las escuelas establecida por el Ministerio de Educación, se considerará justificada la inasistencia del progenitor, progenitora, o persona adulta responsable a cargo, cuya presencia en el hogar resulte indispensable para el cuidado del niño, niña o adolescente. La persona alcanzada por esta dispensa deberá notificar tal circunstancia a su empleador o empleadora, justificando la necesidad y detallando los datos indispensables para que pueda ejercerse el adecuado control. Podrá acogerse a esta dispensa solo un progenitor o persona responsable, por hogar.

Los trabajadores y las trabajadoras alcanzados por la dispensa del deber de asistencia al lugar de trabajo según esta resolución, cuyas tareas habituales 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.

En el caso de pluriempleo o de múltiples receptores de servicios, los efectos previstos en la suspensión de que trata la presente norma alcanzarán a los distintos contratos.

En estos casos no se afectará el derecho a la remuneración.

II.4. Reglamentación de la prestación de tareas durante la cuarentena

El Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social mediante el dictado de la res. MTESS 279/2020 (BO del 01/04/2020) establece lo siguiente:

- 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.

- Los trabajadores y trabajadoras que presten servicios en las actividades descriptas en el art. 6º del dec. 297/2020 y sus reglamentaciones (*ver nuestro memo 42 de fecha 24/03/2020*), serán considerados “personal esencial” en los términos de la resolución del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social 207 de fecha 16 de marzo de 2020. La continuidad de tales actividades en estas circunstancias constituye una exigencia excepcional de la economía nacional (art. 203, LCT 20.744 t.o. 1976 y sus modificatorias).

- 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 dec. 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 22.127 y los casos de pluriempleo o de múltiples receptores de servicios.

- 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.

- La necesidad de contratación de personal mientras dure la vigencia del “aislamiento social preventivo y obligatorio”, deberá ser considerada extraordinaria y transitoria en los términos del art. 99 de la Ley de Contrato de Trabajo (t.o. 1976 y sus modificatorias).

- La abstención de concurrir al lugar de trabajo —que implica la prohibición de hacerlo salvo en los casos de excepción previstos— no constituye un día descanso, vacacional o festivo, sino de una decisión de salud pública en la emergencia, de tal modo que no podrán aplicarse sobre las remuneraciones o ingresos correspondientes a los días comprendidos en esta prohibición suplementos o adicionales previstos legal o convencionalmente para “asuetos”, excepto en aquellos casos en que dicha prohibición coincida con un día festivo o feriado previsto legal o contractualmente.

Se deroga en su totalidad la res. MTESS 219/2020 y toda otra disposición que se oponga a la presente.

La presente medida comenzará a regir desde la entrada en vigor de la res. 219 de fecha 20 de marzo de 2020 del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, y mientras dure la emergencia sanitaria impuesta con el fin de proteger la salud pública.

Por lo tanto, su vigencia es a partir del 01/04/2020 y su aplicación a partir del 20/03/2020.

IV. Prohibición de despidos y suspensiones

A través del dec. 329/2020 (BO del 31/03/2020) 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 contados a partir de la fecha de publicación del presente decreto en el Boletín Oficial, plazo que luego fue prorrogado por el DNU 487/2020.

Misma prohibición rige para las suspensiones por las causales de fuerza mayor o falta o disminución de trabajo por el plazo de sesenta días, contados a partir de la fecha publicación del presente decreto en el Boletín Oficial.

Quedan exceptuadas de esta prohibición las suspensiones efectuadas en los términos del art. 223 bis de la Ley de Contrato de Trabajo que establece:

“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 u 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. Solo tributará las contribuciones establecidas en las Leyes Números 23.660 y 23.661”.

Los despidos y las suspensiones que se dispongan en violación de lo dispuesto en el presente decreto no producirán efecto alguno, manteniéndose vigentes las relaciones laborales existentes y sus condiciones actuales.

El presente decreto entrará en vigencia a partir del día de su publicación en el Boletín Oficial.

V. Ley de Riesgos de Trabajo

La Superintendencia de Riesgos de Trabajo dictó la res. (SRT) 21/2020 (BO del 17/03/2020) que establece el procedimiento para informa a las ART la situación de teletrabajo de sus dependientes.

Los empleadores que habiliten a sus trabajadores a realizar su prestación laboral desde su domicilio particular en el marco de la emergencia sanitaria dispuesta por el dec. 260 de fecha 12 de marzo de 2020 deberán denunciar a la Aseguradora de Riesgos de Trabajo (ART) a la que estuvieran afiliados, el siguiente detalle:

- Nómina de trabajadores afectados (apellido, nombre y CUIL).

- Domicilio donde se desempeñará la tarea y frecuencia de esta (cantidad de días y horas por semana).

El domicilio denunciado será considerado como ámbito laboral a todos los efectos de la ley 24.557 sobre riesgos del trabajo.

A *posteriori*, la Gerencia General de la Superintendencia de Riesgos de Trabajo dictó la res. (SRT-GG) 05/2020 (BO del 28/03/2020) donde se establecen recomendaciones especiales para el desempeño de los trabajadores exceptuados del aislamiento social, preventivo y obligatorio para el cumplimiento de su labor, así como para su desplazamiento hacia y desde el lugar de trabajo, buenas prácticas en el uso de los elementos de protección personal y sobre la colocación de protección respiratoria.

VI. Instituciones relacionadas con la salud

El Poder Ejecutivo Nacional establece una reducción de las contribuciones patronales que se destinan al SIPA por un plazo de 90 días, con vigencia a partir del 21/03/2020, para los empleadores pertenecientes a los servicios, establecimientos e instituciones relacionadas con la salud y, por el mismo plazo, se disponen menores alícuotas del impuesto sobre los débitos y créditos en las transacciones financieras.

VI.1. Disminución contribuciones patronales

El Poder Ejecutivo, mediante el dec. 300/2020 (BO del 20/03/2020), establece por un plazo de noventa días una reducción del noventa y cinco por ciento (95%) de la alícuota prevista en el art. 19 de la ley 27.541, que se destine al Sistema Integrado Previsional Argentino, aplicable a los empleadores pertenecientes a los servicios, establecimientos e instituciones relacionadas con la salud, cuyas actividades, identificadas en los términos del “Clasificador de Actividades Económicas (CLAE)” aprobado por la res. gral. (AFIP) 3537 del 30 de octubre de 2013 o aquella que la reemplace en el futuro, se detallan en el siguiente cuadro:

Se faculta a la Administración Federal de Ingresos Públicos, a identificar las categorías del personal del servicio de salud que resultan alcanzados por las previsiones.

VI.2. Alícuotas del impuesto sobre los débitos y créditos en las transacciones financieras

Asimismo, y por el mismo plazo citado en el punto 1, se establece que las alícuotas del impuesto sobre los créditos y débitos en cuentas bancarias y otras operatorias serán del dos con

cincuenta centésimos por mil (2,50‰) y del cinco por mil (5‰), para los créditos y débitos en cuenta corriente y para las restantes operaciones referidas en el primer párrafo del art. 7º del dec. 380 del 29 de marzo de 2001 y sus modificatorios, respectivamente.

VII. Subsidios extraordinarios e Ingreso Familiar de Emergencia

VII.1. Ingreso Familiar de Emergencia

El Poder Ejecutivo Nacional mediante dec. 310/2020 (BO del 24/03/2020), con vigencia a partir de su publicación en el Boletín Oficial, la creación de un “Ingreso Familiar de Emergencia” (IFE) como una prestación monetaria no contributiva de carácter excepcional destinada a compensar la pérdida o grave disminución de ingresos de personas afectadas por la situación de emergencia sanitaria declarada por el dec. 260/2020 y demás normas modificatorias y complementarias.

Tienen derecho a la percepción del citado “IFE” las personas que se encuentren desocupadas; se desempeñen en la economía informal; sean monotributistas inscriptos en las categorías “A” y “B”; monotributistas sociales y trabajadores y trabajadoras de casas particulares, siempre que cumplan con los siguientes requisitos:

a) Ser argentino o argentina nativo/a o naturalizado/a y residente con una residencia legal en el país no inferior a DOS años.

b) Tener entre 18 y 65 años de edad.

c) No percibir el o la solicitante o algún miembro de su grupo familiar, si lo hubiera, ingresos por:

- Trabajo en relación de dependencia registrado en el sector público o privado.

- Monotributistas de categoría “C” o superiores y régimen de autónomos.

- Prestación por desempleo.

- Jubilaciones, pensiones o retiros de carácter contributivo o no contributivo, sean nacionales,

provinciales, municipales o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

- Planes sociales, salario social complementario, Hacemos Futuro, Potenciar Trabajo u otros programas sociales nacionales, provinciales o municipales, a excepción de los ingresos provenientes de la Asignación Universal por Hijo o Embarazo o PROGRESAR.

La prestación por este Ingreso Familiar de Emergencia será de pesos diez mil (\$10.000), lo podrá percibir un solo integrante del grupo familiar y se abonará por única vez en el mes de abril del corriente año.

El Ingreso Familiar de Emergencia deberá ser solicitado ante la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES) conforme el procedimiento que determine la reglamentación. Los datos consignados en la solicitud tendrán carácter de Declaración Jurada por parte del solicitante.

La Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES), en forma previa al otorgamiento de la prestación instituida en el presente decreto, realizará evaluaciones socioeconómicas y patrimoniales sobre la base de criterios objetivos que fije la reglamentación, con el fin de corroborar la situación de real necesidad del individuo y de su grupo familiar.

La Secretaría de Seguridad Social dependiente del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social y a la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES) a dictaran las normas aclaratorias y complementarias que fueran necesarias para la aplicación de lo dispuesto en el presente decreto.

En función a lo dicho en el párrafo anterior el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social (MTESS) 8/2020 (BO del 31/03/2020), para analizar las pautas y criterios generales que se aplicarán para analizar la compatibilidad del IFE con planes sociales y programas de empleo otorgados por otras jurisdicciones.

Compatibilidades. Aclárese que el IFE es compatible con la percepción de ingresos provenientes de la Asignación Universal por Hijo o por Embarazo para Protección Social, de asig-

naciones familiares correspondiente al sistema contributivo para personas inscriptas en el Régimen Simplificado para Pequeños Contribuyentes, de asignaciones familiares para los trabajadores y trabajadoras del Régimen Especial de Contrato de Trabajo para el Personal de Casas Particulares y del programa PROGRESAR.

Grupo familiar. Entiéndase por grupo familiar, a los fines de la presente, al compuesto por el o la solicitante, su cónyuge o conviviente y sus hijos menores de 18 años, o sin límite de edad en el caso de hijos con discapacidad, si los hubiere.

El grupo familiar podrá considerarse unipersonal por declaración jurada del solicitante.

Cuando el solicitante tenga menos de 25 años, deberá acreditar un domicilio de residencia distinto al de sus padres para que se lo asimile a un grupo familiar unipersonal. En su defecto, el grupo familiar se considerará compuesto por el o la solicitante y sus padres a los efectos de los requisitos y demás condicionalidades establecidas en el presente.

Evaluación socioeconómica y patrimonial. Determínese que no se considerará configurada la situación de real necesidad, a que refiere el art. 5º del decreto 310 de fecha 23 de marzo de 2020, cuando el solicitante o algún miembro de su grupo familiar, si lo hubiera, se encuentre comprendido en alguno de los siguientes supuestos:

a) Haber percibido una suma de ingresos en los últimos seis meses cuyo promedio mensual supere el monto equivalente a dos veces el Salario Mínimo Vital y Móvil, establecido en el art. 139 de la ley 24.013.

b) Haber realizado gastos y/o consumos efectuados con tarjetas de crédito y/o débito que superen en más del SETENTA POR CIENTO (70%) de los ingresos calculados de acuerdo con las pautas del inc. a).

c) Haber obtenido o disponer rentas financieras que totalicen un monto superior a pesos sesenta y seis mil novecientos diecisiete \$66.917 para el periodo fiscal 2018.

d) Haber efectuado una manifestación patrimonial en las declaraciones juradas del Impuesto sobre los Bienes Personales que supere cuatro veces el importe anualizado del ingreso previsto en el inc. a), y/o la tenencia de bienes informados por la Dirección Nacional de los Registros Nacionales de la Propiedad Automotor y de Créditos Prendarios que supere uno coma cinco (1,5) veces el importe anualizado del referido ingreso, y/o la tenencia de bienes informados por la Administración Nacional de Aviación Civil, y/o la tenencia de embarcaciones.

La Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES) podrá requerir a la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) la información necesaria para poder efectuar la evaluación dispuesta.

En el caso de un grupo familiar que ya percibe Asignación Universal por Hijo o Asignación por Embarazo para Protección Social, el IFE se abonará a los titulares de dichos beneficios de forma automática, sin que deba mediar solicitud previa, en virtud de que se presume la situación de real necesidad referida precedentemente, sin perjuicio de los controles que el organismo de aplicación realice con posterioridad al otorgamiento y de la procedencia del recupero por sumas percibidas indebidamente, conforme a lo estipulado en el punto 8° de la presente.

Notificación a los solicitantes. La Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES) notificará, por los medios que esta arbitre, si el solicitante reúne la totalidad de los requisitos exigidos para percibir el IFE, en virtud de los resultados de la evaluación efectuada, informando, en caso de denegatoria, la circunstancia de exclusión comprobada.

Otorgamiento y pago. El IFE será otorgado a un solo integrante del grupo familiar.

En el caso de un grupo familiar que ya percibe Asignación Universal por Hijo para Protección Social, Asignación por Embarazo para Protección Social o asignación familiar correspondiente al subsistema contributivo para las personas inscriptas en el Régimen Simplificado para Pequeños Contribuyentes, la prestación del IFE se abonará a los titulares de dichos beneficios.

El IFE se otorgará y abonará preferentemente a la solicitante mujer, cuando la prestación sea solicitada por más de un miembro del grupo familiar.

El IFE se abonará a través de una transferencia bancaria en la cuenta bancaria del solicitante, siempre y cuando fuera posible este canal. En su defecto, el pago se gestionará a través de otras modalidades que Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES) disponga, entre ellas, la de “Punto Efectivo” de la Red Link del Banco de la Nación Argentina y la de modalidad “automatizada” del Correo Argentino.

VII.2. *Subsidio extraordinario*

Mediante el dictado del dec. 309/2020 (BO del 24/03/2020) el Poder Ejecutivo Nacional dispone otorgar un subsidio extraordinario por un monto máximo de pesos tres mil (\$3.000); que se abonará por única vez en el mes de abril de 2020 a determinados sujetos que habitan el territorio nacional y que reúnan las siguientes condiciones:

a) Los beneficiarios y beneficiarias de las prestaciones previsionales del Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA) a que refiere la ley 24.241, sus modificatorias y complementarias.

b) Los beneficiarios y beneficiarias de la Pensión Universal para el Adulto Mayor, instituida en el art. 13 de la ley 27.260 y sus modificatorias.

c) Los beneficiarios y beneficiarias de pensiones no contributivas por vejez, invalidez, madres de siete hijos o hijas o más, y demás pensiones graciables cuyo pago se encuentra a cargo de la ANSES.

Para las prestaciones previsionales incluidas en el punto a. citado precedentemente, el subsidio extraordinario será abonado a quienes perciban un único beneficio y este se encuentre en curso de pago en el mismo mensual en que se liquidará dicho subsidio. Para aquellos titulares que perciben hasta el haber mínimo que garantiza el art. 125 de la ley 24.241, el subsidio extraordinario será equivalente a pesos tres mil (\$3.000) y, para aquellos y aquellas que perciban un haber superior al mínimo, será igual a

la cantidad necesaria hasta alcanzar la suma de pesos dieciocho mil ochocientos noventa y uno con cuarenta y nueve centavos (\$18.891,49).

En cuanto a los beneficios de pensión, cualquiera sea la cantidad de copartícipes, estos deberán ser considerados como un único titular a los fines del derecho al subsidio extraordinario establecido mediante el presente decreto, percibiendo cada copartícipe idéntica proporción que aquella con la que se liquida su beneficio.

Asimismo se dispone un subsidio extraordinario, por única vez, por un monto equivalente a las sumas puestas al pago en el mes de marzo de 2020 correspondientes a las Asignaciones Universales por Hijo y por Embarazo para Protección Social, que se abonará en el mes de marzo del corriente año calendario a las mujeres embarazadas y a aquellos niños, niñas y adolescentes residentes en la República Argentina; que pertenezcan a grupos familiares que se encuentren desocupados o se desempeñen en la economía informal.

Los subsidios extraordinarios que se otorgan por el decreto bajo análisis no serán susceptibles de descuento alguno ni computables para ningún otro concepto.

La Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES) podrá dictar las normas aclaratorias y complementarias necesarias para la implementación del presente decreto.

VIII. Una luz de ayuda para los empleadores

VIII.1. Programa de Asistencia de Emergencia al Trabajo y la Producción

Mediante el decreto de necesidad y urgencia 332/2020 (BO del 01/04/2020) se crea el Programa de Asistencia de Emergencia al Trabajo y la Producción para empleadores y trabajadores afectados por la emergencia sanitaria.

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.

El Programa de Asistencia de Emergencia al Trabajo y la Producción consistirá en la obtención de uno o más de los siguientes beneficios:

a) Postergación o reducción de hasta el noventa y cinco por ciento (95%) del pago de las contribuciones patronales al Sistema Integrado Previsional Argentino.

b) Asignación Compensatoria al Salario: Asignación abonada por el Estado para todos los trabajadores y las trabajadoras en relación de dependencia del sector privado, comprendidos en el régimen de negociación colectiva en los términos de la ley 14.250 (t.o. 2004) y sus modificaciones, para empresas de hasta cien (100) trabajadoras y trabajadores.

c) REPRO Asistencia por la Emergencia Sanitaria: Suma no contributiva respecto al Sistema Integrado Previsional Argentino abonada por el Estado para las y los trabajadores en relación de dependencia del sector privado, comprendidos y comprendidas en el régimen de negociación colectiva en los términos de la ley 14.250 (texto ordenado 2004) y sus modificaciones en empleadores y empleadoras que superen los cien (100) trabajadores y trabajadoras.

d) Sistema integral de prestaciones por desempleo: las y los trabajadores que reúnan los requisitos previstos en las leyes 24.013 y 25.371 accederán a una prestación económica por desempleo conforme las consideraciones estipuladas en el art. 11 del presente decreto.

Los sujetos alcanzados por la presente norma podrán acogerse a los beneficios estipulados en los incs. a), b) y c) del art. 2º del presente decreto en la medida en que den cumplimiento con uno o varios de los siguientes criterios:

a) Actividades económicas afectadas en forma crítica en las zonas geográficas donde se desarrollan.

b) Cantidad relevante de trabajadores y trabajadoras contagiadas por el COVID 19 o en aislamiento obligatorio o con dispensa laboral por estar en grupo de riesgo u obligaciones de cuidado familiar relacionadas al COVID 19.

c) Sustancial reducción en sus ventas con posterioridad al 20 de marzo de 2020.

Se encuentran excluidos de los beneficios del presente decreto aquellos sujetos que realizan las actividades y servicios declarados esenciales

en la emergencia sanitaria y cuyo personal fue exceptuado del cumplimiento del “aislamiento social, preventivo y obligatorio”, conforme las prescripciones del art. 6° del dec. 297/2020 y de la decisión administrativa 429/2020 y sus eventuales ampliaciones, así como todas aquellas otras que sin encontrarse expresamente estipuladas en las normas antedichas no exterioricen indicios concretos que permitan inferir una disminución representativa de su nivel de actividad.

La Jefatura de Gabinete de Ministros establecerá los criterios objetivos, sectores de actividad y demás elementos que permitan determinar las asistencias previstas en el presente decreto.

Art. 6°.- Los sujetos que cumplan con los requisitos establecidos en el art. 3° del presente decreto, y de conformidad con lo dispuesto en el art. 4° del mismo, accederán a uno de los siguientes beneficios en materia de las obligaciones emanadas del sistema de seguridad social:

a) Postergación de los vencimientos para el pago de las contribuciones patronales al Sistema Integrado Previsional Argentino.

b) Reducción de hasta el noventa y cinco por ciento (95%) de las contribuciones patronales al Sistema Integrado Previsional Argentino devengadas durante el mes de abril de 2020. El beneficio de la reducción será establecido por la Jefatura de Gabinete de Ministros en función de los parámetros que defina la normativa a dictarse según lo establecido en el art. 3°.

El beneficio estipulado en el inc. b) del presente artículo será para empleadores y empleadoras cuyo número total de trabajadoras y trabajadores en relación de dependencia, al 29 de febrero de 2020, no supere la cantidad de SESENTA . Aquellos empleadores y empleadoras, cuya plantilla de personal en relación de dependencia supere dicha cantidad, en las condiciones allí establecidas, deberán, a los efectos de gozar del mencionado beneficio, promover el Procedimiento Preventivo de Crisis de Empresas previsto en el Capítulo 6 del Título III de la ley 24.013, con los alcances y limitaciones que establezca la reglamentación.

Instrúyese a la Administración Federal de Ingresos Públicos a disponer vencimientos especiales para el pago de las contribuciones patronales al Sistema Integrado Previsional Argentino devengadas durante los meses de marzo y abril del año en curso, y facilidades para el pago de las mismas, a los fines de la postergación establecida en el inc. a) del art. 6° del presente decreto aplicable a los empleadores y empleadoras que defina la normativa a dictarse según lo establecido en el art. 3°.

La Asignación Compensatoria al Salario consistirá en una suma abonada por la Administración Nacional de la Seguridad Social para todos o parte de las y los trabajadores comprendidos en el régimen de negociación colectiva (ley 14.250 [t.o. 2004] y sus modificaciones) para el caso de empleadores o empleadoras de hasta cien (100) trabajadores o trabajadoras, y que cumplan con los requisitos establecidos en el art. 3° del presente decreto, y de conformidad con lo dispuesto en el art. 4° del mismo. El monto de la asignación se determinará de acuerdo con los siguientes parámetros:

a) Para los empleadores y empleadoras de hasta veinticinco trabajadores o trabajadoras: cien por ciento (100%) del salario bruto, con un valor máximo de UN Salario Mínimo Vital y Móvil vigente.

b) Para los empleadores o empleadoras de veintiséis a sesenta trabajadores o trabajadoras: cien por ciento (100%) del salario bruto, con un valor máximo de hasta un setenta y cinco por ciento (75%) del Salario Mínimo Vital y Móvil vigente.

c) Para los empleadores o empleadoras de sesenta y un a cien (100) trabajadores o trabajadoras: cien por ciento (100%) del salario bruto, con un valor máximo de hasta un cincuenta (50%) del Salario Mínimo Vital y Móvil vigente.

Esta Asignación Compensatoria al Salario se considerará a cuenta del pago de las remuneraciones del personal afectado, debiendo los empleadores o empleadoras, abonar el saldo restante de aquellas hasta completar las mismas. Dicho saldo se considerará remuneración a todos los efectos legales y convencionales.

Al solicitar el beneficio, el o la empleadora deberá retener la parte correspondiente a los aportes al Sistema Integrado Previsional Argentino y obra social y el aporte al Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (INSSJP).

En caso de que el empleador o la empleadora suspenda la prestación laboral el monto de la asignación se reducirá en un veinticinco por ciento (25%) y podrá ser considerada como parte de la prestación no remunerativa definida en los términos del art. 223 bis de la Ley de Contrato de Trabajo 20.744 t.o. 1976 y sus modificaciones.

El Programa REPRO Asistencia por la Emergencia Sanitaria consistirá en una asignación no contributiva respecto al Sistema Integrado Previsional Argentino a trabajadoras y trabajadores a través del Programa de Recuperación Productiva a cargo del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, para empresas no incluidas en el art. 8º y que cumplan con los requisitos establecidos en el art. 3º del presente decreto y de conformidad con lo dispuesto en el art. 4º del mismo.

La prestación por trabajador tendrá un mínimo de pesos seis mil (\$6.000) y un máximo de pesos diez mil (\$10.000). A dichos efectos la Autoridad de Aplicación constituirá un nuevo Programa de Recuperación Productiva diferenciado y simplificado, manteniendo vigencia la res. 25 de fecha 28 de septiembre de 2018 de la ex Secretaría de Gobierno de Trabajo y Empleo, del entonces Ministerio de Producción y Trabajo, en todo lo que resulte compatible.

Elévanse durante el periodo que establezca la Jefatura de Gabinete de Ministros, los montos de las prestaciones económicas por desempleo a un mínimo de pesos seis mil (\$6.000) y un máximo de pesos diez mil (\$10.000).

Deléganse en el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social las facultades para modificar la operatoria del Sistema integral de prestaciones por desempleo.

Las empleadoras y empleadores alcanzados por los beneficios establecidos en el art. 2º de-

berán acreditar ante la Administración Federal de Ingresos Públicos, la nómina del personal alcanzado y su afectación a las actividades alcanzadas.

El Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social:

a) Considerará la información y documentación remitidas por la empresa.

b) Podrá relevar datos adicionales que permitan ampliar y/o verificar los aportados inicialmente y solicitar la documentación que estime necesaria.

c) Podrá disponer la realización de visitas de evaluación a la sede del establecimiento, a efectos de ratificar y/o rectificar conclusiones.

El Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, la Administración Federal de Ingresos Públicos y la Administración Nacional de la Seguridad Social podrán dictar las normas operativas necesarias para la efectiva aplicación de lo dispuesto en el presente decreto.

El presente decreto resultará de aplicación respecto de los resultados económicos de las empresas ocurridos entre el 20 de marzo y el 30 de abril de 2020, inclusive.

Facúltase al Poder Ejecutivo Nacional a extender la vigencia del presente decreto.

La presente medida entrará en vigencia en el día de su publicación en el Boletín Oficial (01/04/2020).

Dese cuenta a la Comisión Bicameral Permanente del Honorable Congreso de la Nación.

VIII.2. Programa de Recuperación Productiva (REPRO)

Ante un panorama de salud, laboral y recesivo en lo productivo-comercial tan complejo el Ministerio de Trabajo recordó que, en el año 2002, cuando en el país transitábamos una gran crisis socio-económica, mediante la res. del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social 481 (BO del 15/07/2002) se creó el Programa de Recuperación Productiva (REPRO).

La ley 27.264 (BO del 01/08/2016) eleva la normativa del programa de Reglamentación a Ley.

A partir de este momento, a través del REPRO se brinda a los trabajadores de las empresas privadas adheridas al programa un beneficio económico tendiente a que el trabajador alcance el salario mínimo de convenio correspondiente a su actividad mediante el pago directo de un monto —que no podrá superar el equivalente al salario mínimo, vital y móvil actualizado a la fecha de otorgamiento— y por un plazo de hasta 12 meses, de forma directa por parte de la ANSeS.

Además, se establece que la suma fija mensual máxima se elevará en un 50% en los casos que se trate de micro, pequeñas y medianas empresas (mipymes) según los términos del art. 1º de la ley 25.300 (BO del 07/09/2000) y sus normas complementarias. Y se instruye al MTESS a realizar todas las acciones necesarias para que el acceso a los beneficios del Programa de Recuperación Productiva (REPRO) pueda realizarse mediante trámite simplificado para estos entes pequeños, adoptando todas las medidas necesarias para que el acceso a los beneficios se haga efectivo con celeridad.

Para acceder a este beneficio, las empresas deben acreditar la situación de crisis por la que atraviesan estipulando las acciones que piensan desarrollar para su recuperación y comprometerse a mantener la nómina total de trabajadores.

La presentación de la solicitud de adhesión, la tramitación del beneficio y su otorgamiento son totalmente gratuitos.

A continuación, destacaremos los aspectos más importantes del programa a en virtud de las normas que lo regulan:

VIII.3. Monto de la ayuda económica

Según lo establece el art. 2º de la ley es una suma fija mensual máxima para los beneficios dispuestos por el programa y se elevará en un cincuenta por ciento (50%) en los casos que se trate de micro, pequeñas y medianas empresas (mipymes), según los términos del

art. 1º de la ley 25.300 y sus normas complementarias.

El monto de la ayuda económica mensual será de hasta un monto equivalente al salario mínimo, vital y móvil. Tal monto máximo se elevará en un cincuenta por ciento (50%) cuando se trate de micro, pequeñas y medianas empresas (mipymes).

El monto de la ayuda económica mensual en ningún caso podrá exceder la remuneración neta mensual a percibir por los trabajadores.

La ayuda económica mensual será abonada en forma directa y personalizada a los trabajadores destinatarios a través de una tarjeta magnética emitida por el Banco de la Nación Argentina, salvo cuando no resulte operativamente viable, en cuyo caso se adoptarán los mecanismos acordados por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social con la Administración Nacional de la Seguridad SOCIAL para el pago directo de ayudas económicas a personas humanas.

VIII.4. Plazo

La ayuda será por un plazo de doce meses.

Este plazo máximo del beneficio podrá extenderse ante circunstancias excepcionales y/o especiales debidamente fundadas y acreditadas.

VIII.5. Autoridad de aplicación

El Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social es el encargado de realizar todas las acciones necesarias para que el acceso a los beneficios del Programa de Recuperación Productiva se pueda realizar mediante un trámite simplificado para las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas, adoptando todas las medidas necesarias para que el acceso a los beneficios se haga efectivo con celeridad.

VIII.6. Beneficiarios

El beneficio del Programa de Recuperación Productiva (REPRO) se otorgará por razones de índole objetiva, debidamente constataadas y analizadas, que afecten particularmente

a una empresa, sector o región, y pongan en riesgo la situación de empleo de trabajadores.

VIII.7. Exclusiones

No podrán ser beneficiarias del Programa de Recuperación Productiva (REPRO) las empresas que se encuentren incluidas en el Registro Público de Empleadores con Sanciones Laborales (REPSAL), instituido por la ley 26.940.

VIII.8. Trabajadores que se incluyen

Las empresas beneficiarias podrán incluir trabajadores que:

- a) Tengan como mínimo dieciocho años de edad.
- b) Tengan Documento Nacional de Identidad (DNI) y Código Único de Identificación Laboral (CUIL).
- c) No registren una relación de empleo público vigente.
- d) No se encuentren registrados como empleadores activos.

VIII.9. Obligaciones de las empresas

Las empresas beneficiarias del programa tendrán las siguientes obligaciones:

a) Abonar a los trabajadores incluidos en el Programa, el suplemento en dinero necesario para alcanzar el salario vigente establecido para la categoría de que se trate en el Convenio Colectivo de Trabajo aplicable a la actividad correspondiente y cumplir, en legal tiempo y forma, con las obligaciones laborales y previsionales correspondientes. La ayuda económica mensual a cargo del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social deberá ser contabilizada por las empresas como parte de la remuneración del trabajador para el cálculo de las contribuciones patronales y los aportes personales a ingresar a los institutos de la seguridad social.

b) Abstenerse de disponer despidos sin causa o por razones de fuerza mayor durante su inclusión en el Programa, sin perjuicio de tenerse en consideración las situaciones particulares de las empresas que tengan empleados sujetos al ré-

gimen de contrato de trabajo de temporada, estrictamente vinculada con la actividad que las empresas desarrollen, situación que deberá ser fehacientemente comunicada y acreditada por las empresas al momento de su adhesión.

c) Informar y presentar el acta acuerdo homologada en sede administrativa, cuando dispusieran la suspensión y/o reducción de jornada del personal.

d) Brindar toda información que les sea requerida por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, o por los órganos de control, relacionada con su participación en el Programa.

e) Permitir la realización de las acciones de seguimiento, supervisión y fiscalización previstas por el Programa.

f) Solicitar la baja de la ayuda económica mensual asignada por el Programa respecto de aquellos trabajadores a los cuales les

g) interrumpan el pago de la remuneración.

h) Solicitar la baja del beneficio cuando no puedan cumplir con las obligaciones previstas por el Programa.

VIII.10. Tramitación de la adhesión y participación del programa

La tramitación de la adhesión y la participación en el programa tienen en todo su proceso carácter gratuito, no siendo necesaria la intervención de intermediarios para ningún fin, se inicia vía web a través del servicio TAD - Trámites a Distancia en el link: <https://tramitesadistancia.gob.ar/tramitesadistancia/inicio-publico>.

VIII.11. Instrumentación del programa

El programa se instrumentará a través de las siguientes modalidades procedimentales:

a) *REPRO Régimen General* - Régimen General para personas humanas o jurídicas;

b) *REPRO mipyme* - Régimen Simplificado para micro, pequeñas y medianas empresas.

VIII.12. Procedimiento para empresas participantes del REPRO Régimen General

Las empresas interesadas en participar del Programa de Recuperación Productiva (REPRO) - Régimen General deberán completar y presentar los siguientes formularios y la documentación complementaria indicada en tales formularios:

a) Solicitud de Adhesión REPRO Régimen General.

b) Informe Socio Económico Laboral Personas Jurídicas o Informe Socio Económico Laboral PERSONAS HUMANAS, según corresponda, suscripto por Contador Público Nacional y cuya firma se encuentre certificada por el respectivo Consejo Profesional de Ciencias Económicas.

c) Planilla de Trabajadores.

VIII.13. Procedimiento para mipymes participantes del REPRO mipymes

Las micro, pequeñas y medianas empresas interesadas en participar del Programa de Recuperación Productiva (REPRO) - mipyme deberán completar y presentar los siguientes formularios y la documentación complementaria indicada en tales formularios:

a) Solicitud de Adhesión REPRO mipyme.

b) Informe Socio Económico Laboral Personas Jurídicas o Informe Socio Económico Laboral Personas Humanas, según corresponda, suscripto por Contador Público Nacional y cuya firma se encuentre certificada por el respectivo Consejo Profesional de Ciencias Económicas.

c) Planilla de Trabajadores.

VIII.14. Formularios y documentación complementaria

Las empresas deberán presentar los formularios y la documentación complementaria a través de la plataforma “Trámites a Distancia” (TAD) del sistema de Gestión Documental Electrónica (GDE), respetando el formato indicado.

La información consignada en los formularios y documentación complementaria revestirá carácter de declaración jurada.

VIII.15. Extensión del plazo

Vencido el plazo de otorgamiento del beneficio, las empresas adheridas podrán solicitar su extensión, presentando la documentación detallada en el formulario Solicitud de Adhesión REPRO Régimen General, apartado: Solicitud de Extensión, o en el formulario Solicitud de Adhesión REPRO mipyme, apartado: Solicitud de Extensión, según corresponda.

VIII.16. Evaluación de las solicitudes

Las solicitudes de adhesión y la documentación complementaria presentadas por las empresas serán evaluadas técnica, económico y financieramente por la Coordinación REPRO, dependiente de la Secretaría de Trabajo, a los fines de corroborar la necesidad y pertinencia del beneficio. Los informes de evaluación deberán contener una ponderación objetiva de los motivos indicados por la empresa que fundamentan el pedido de inclusión en el Programa y de las acciones que realizará para revertir la situación de crisis. De igual modo serán evaluadas las solicitudes de extensión del beneficio, en este caso la empresa deberá acreditar la adopción de las medidas informadas en la primera solicitud de adhesión aprobada.

La Coordinación REPRO podrá relevar datos adicionales que permitan ampliar y/o verificar los aportados por las empresas solicitantes, así como también disponer la realización de visitas de evaluación a la sede del establecimiento por parte de técnicos del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, a efectos de ratificar y/o rectificar conclusiones y recabar cualquier nueva información considerada relevante a los fines de la evaluación de la propuesta.

VIII.17. Aprobación y extensión del beneficio

El otorgamiento y la extensión del beneficio del Programa de Recuperación Productiva (REPRO) serán aprobados mediante resolución del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, en la cual se fijará el plazo del beneficio, la cantidad de trabajadores destinatarios y el

monto de la ayuda económica mensual a abonar a los trabajadores.

VIII.18. Incumplimientos

El incumplimiento por parte de las empresas beneficiarias de las obligaciones previstas por el Programa de Recuperación Productiva (REPRO), provocará la caducidad del beneficio otorgado, sin perjuicio de las acciones legales que correspondan, dirigidas a obtener el reembolso por parte del empleador de los fondos asignados por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social.

VIII.19. Subsidio

La ayuda económica a los trabajadores prevista por el programa constituye un subsidio destinado a sostener su situación de empleo, no siendo aplicable lo prescripto por el art. 30 de la Ley de Contrato de Trabajo 20.744 (t.o. 1976).

VIII.20. Instrumentos operativos del programa

Ingresando al programa, según la situación de cada uno, se deberá completar los datos solicitados en el anexo correspondiente:

a) *Anexo I* - Solicitud de Adhesión REPRO Régimen General.

b) *Anexo I* - Solicitud de Adhesión mipyme.

c) *Anexo II* - Informe Socio Económico Laboral Personas Jurídicas.

d) *Anexo II* - Informe Socio Económico Laboral Personas Humanas.

e) *Anexo III* - Planilla de Trabajadores.

Los anexos citados se encuentran disponibles en la página web oficial: <https://www.argentina.gob.ar/trabajo/repro/anexos>.

Asimismo, recomendamos visitar la página: <https://www.argentina.gob.ar/trabajo/repro>.

Dada la dinámica actual de la pandemia y de la situación del país, entendemos que los temas tratados en este artículo sufrirán constantes modificaciones.

En ese sentido, cabe recordar que el domingo 29/03/2020 el Señor Presidente de la Nación anunció la extensión del ASPO - Aislamiento Social, Preventivo y Obligatorio hasta el 12/04/2020 inclusive, pendiente de reglamentar al 31/03/2020.

www.thomsonreuters.com.ar



info!
TR

En todo
momento
y lugar



Thomsonreuterslaley



TRLaLey



linkedin.com/
showcase/thomson-reuters-argentina-legal/



thomsonreuters.com.ar/es/
soluciones-legales/blog-legal.html



Escanee
el código
QR

www.tiendatr.com.ar

CONSULTE Y ADQUIERA TODO NUESTRO CATÁLOGO

CORREO
ARGENTINO

CENTRAL B

CUENTA N° 10269FI

FRANQUEO A PAGAR



the answer company™



THOMSON REUTERS®

CENTRO DE ATENCIÓN AL CLIENTE:
0810-266-4444