



DERECHO DEL TRABAJO Y CORONAVIRUS



DOCTRINA

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 2

Las relaciones de trabajo en épocas de pandemia
Análisis de un rompecabezas normativo en un contexto de incertidumbre

Mariano J. Donzino y Juan Carlos Bertazzi 6

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

Ricardo A. Foglia 10

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 y Eduardo E. Curutchet 13

Los riesgos del trabajo de los trabajadores plataforma-dependientes durante el coronavirus

Liliana H. Litterio 18

El período de prueba y la prohibición de despedir

Agustín Meilan 19

El DNU 367/2020 y el tratamiento del coronavirus en el sistema de riesgos del trabajo

Lucas Pereyra 20

Doble indemnización y prohibición de despedir en contexto de crisis de sustentabilidad en las empresas a causa de COVID-19

Sergio Omar Rodríguez 21

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 oportunamente 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 prorrogado hasta el 12 de abril del corriente año mediante el dec. 325/2020 (4), y luego hasta el 26 de abril por dec. 355/2020 (B.O. 17/04/2020).

Posteriormente, el Poder Ejecutivo dictó el DNU 329/2020 (5), que afectó sustancialmente 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 cualificadas 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 (6), no hay contrato sino relación laboral. Adscribo, pues, a la tesis relacionista contemporánea (7) (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 generis, 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 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

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)
(*) 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.
(5) *Ibid.*
(6) BO 27/09/1974.

(7) Para una ampliación de lo que digo, remito a un trabajo que escribí hace algún tiempo: “Discusiones en torno a la esencia del vínculo jurídico laboral”, *Revista Derechos en Acción* (ReDeA), invierno 2017, ps. 79-95.

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 (8). 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.

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 su-

puesto 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” (9) calculada sobre la 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 (10). 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.

A su vez, en la misma norma se determinó que la violación a lo precedentemente referenciado 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” (11). 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” (12). 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” (13).

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 cimera, 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.

{ NOTAS }

(8) 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.

(9) Según mi entender, no media en el caso una verdadera indemnización, sino una simple reparación parcial de los daños que el trabajador pudo haber su-

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

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

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

(12) MARIENHOFF, Miguel S., “Tratado de Derecho

Administrativo”, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1965, t. 1, p. 254.

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

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 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 enérgica 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 respon-

diendo 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 (14).

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 (15).

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 reconocimiento 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 (16). 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) (17).

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” (18).

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 pretendan 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, 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.

{ NOTAS }

(14) 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.

(15) En esta línea, BIDART CAMPOS, con cita de un año fallo de la CS, dijo que “el mandato constitucional se dirige primordialmente al legislador, pero su cumpli-

miento 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].

(16) 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).

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

(18) 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.

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 inmatereales mencionados por el art. 5º 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 un 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 consagratorio 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. 5º 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. 6º 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 garan-

tizar 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, obli-

gando 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 suficiente, 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 (*) y 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. Armando 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 ampliada 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, y el DNU 355/2020 la prorrogó hasta el día 26/04/2020.

— Se impone el deber de permanecer en la residencia habitual (para los residentes) o donde se encuentran (para quienes se encuentran 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 y 524/2020.

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 intentaremos 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 bron-

copulmonar, 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 analizando. Pero si se 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

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) 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).

(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.

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 aislamiento 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 (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. 8º 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, creemos que carecen de eficacia 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 es-

tablecimiento 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 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 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 Na-

{ NOTAS }

(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.

(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.

cional 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 tienen 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. 8º 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.

— Contagios confirmados de COVID-19.

{ NOTAS }

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

— 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 y 524/2020.

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 brin-

dando 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 sueldo. 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 remunerativo 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. 6º 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. 6º, 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 Trabajo, con sustento en el art. 6º, 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.

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 produci-

da 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 reconocimiento 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 recibiría, 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 1 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 empleados— 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. 3º 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. Esto siempre luego de la vigencia del art. 8º del DNU 297/2020, cuya vigencia se ha prorrogado hasta el 12/04/2020 y luego ampliada hasta 26/04/2020 por el DNU 355/2020.

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 provisiones 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 trabajo, 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.

Cita on line: AR/DOC/1090/2020

{ NOTAS }

(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. 6º, 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 destacar el planteo de la ART demandada referido a que la enfermedad del actor es inculpable 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”.

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

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. Salario sin 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.

II.2. La ley 27.541

La ley 27.541 (1), de solidaridad social y reactivación productiva, en su art. 1º de-

claró 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. 1º 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. 7º (4)]. Conforme 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. 1º) hasta el 31 de marzo 2020, salvo excepciones previstas en el art. 6º que luego se fueron ampliando (6). 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. 2º segundo párrafo del DNU 297/2020). Además, se estableció el cierre de fronteras (7).

II.5. El DNU 325/2020

El plazo de aislamiento obligatorio fue extendido hasta el 12 de abril por el DNU 325/2020.

II.6. El DNU 355/2020

El plazo de aislamiento obligatorio fue extendido hasta el 26 de abril por el DNU 355/2020.

II.7. 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 factivos y jurídicos de la medida de aislamiento están claramente expresados en el DNU 297/2020.

III.1. Los fundamentos factivos

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

“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 locatarios— (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 Congreso,

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) 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 23/12/2019.

(2) Dice el art. 1º “Declárase la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social, y delénganse 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 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 sospecho-

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

permanecer en el territorio nacional los extranjeros no residentes en el país que no den cumplimiento a la normativa sobre aislamiento obligatorio y a las medidas sanitarias vigentes, salvo excepciones dispuestas por la autoridad sanitaria o migratoria. e) Quienes hayan arribado al país en los últimos 14 días, habiendo transitado por ‘zonas afectadas’. No podrán permanecer en el territorio nacional los extranjeros no residentes en el país que no den cumplimiento a la normativa sobre aislamiento obligatorio y a las medidas sanitarias vigentes, salvo excepciones dispuestas por la autoridad sanitaria o migratoria. En caso de verificarse el incumplimiento del aislamiento indicado y demás obligaciones establecidas en el presente artículo, los funcionarios o funcionarias, personal de salud, personal a cargo de establecimientos educativos y autoridades en general que tomen conocimiento de tal circunstancia, deberán radicar denuncia penal para investigar la posible comisión de los delitos previstos en los 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.

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

(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.

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, 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’”.

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 estableci-

miento”), 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 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 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 serria 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. 6º 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 la 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.

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 hijos 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 insueme 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).

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, conside-

{ NOTAS }

(10) Ver nota 5.

(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).

(12) BO 19/03/2004.

(13) La res. MTEySSN 279/2020 en su art. 6º 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...”.

(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. I.

(18) Ob. cit. nota II, 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”.

(20) BO 17/03/2020.

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

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

rando 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 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.

El texto de la norma es muy abierto, de donde podría desprenderse que toda con-

tratación 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. 8º 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 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. 1º).

El art. 3º 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. 3º 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 mayor medida los problemas que el aislamiento social preventivo y obligatorio procura remediar”.

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.

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 imputable 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 pon 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. 3 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 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

{ NOTAS }

(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 ar-

tículo, convierte al contrato en uno por tiempo indeterminado”.

(24) Dice el citado artículo “Ratifícase 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 indeter-

minado”.

(25) BO 01/04/2020.

(26) Ley 24.241, art. 7º.

(27) Ley 26.427.

(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.

(31) 05/04/2020.

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

(33) 18/03/2020.

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 adversas 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 economía, 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).

Cita on line: AR/DOC/1093/2020

{ NOTAS }

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

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 (**) y 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 nexa 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, interpelándola. 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, 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 enseñara 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 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) exacerba 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, considera-

da 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.

III. Derecho de daños laborales

El régimen especial de riesgos del trabajo (leyes 24.557, 26.773 y 27.348, y normativa

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) 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 So-

cial (UNLP). Docente Universitario Posgrado Especialización de Derecho de Trabajo (UNLP).

(1) CS, 05/08/1986, “Gunther, Raúl F. c. Ejército Argentino”, consid. 14 del voto de la mayoría, Fallos 308:1118.

(2) JUÁREZ FERRER, Martín, “El derecho constitu-

cional 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.

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 directa 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 vio-

lento. 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.

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 importan-

te determinar cuál es el sentido de la existencia de aquéllas.

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 punzo-cortante 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 existencia 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).

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 enseñara 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)

{ NOTAS }

(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.

(11) Solicitud directa (CEACR), adopción: 2019, publicación: 109ª reunión CIT (2020), Argentina; Observa-

ción (CEACR), adopción: 2012, publicación: 102ª reunión CIT (2013); Observación (CEACR), adopción: 2007, publicación: 97ª reunión CIT (2008), entre otras.

(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.

se requiere uncausalidad, 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 uncausalidad. 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 acontecieran 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 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. 6º 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. 1º, 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. 1º, 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. 1º, 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, 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. 1º, 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. 6º de la LRT, en el inc. a) de su apart. 3º, regula las eximentes, lo hace conjuntamente y de modo único para los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales.

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 sindicato 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 (21).

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 (22).

La cuestión tiene especial valor en orden a la situación que tratamos: si las prestacio-

{ NOTAS }

(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.

(16) CS, 26/06/1967, “Provincia de Santa Fe c. Nicchi, Carlos A.”, consids. 4º y 5º, Fallos 268:112, 114.

(17) CS, 27/11/2012, “Rodríguez Pereyra, Jorge L. c.

Ejército Argentino”, consid. 20, Fallos 335:2333.

(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. 5º, Fallos 299:428, 430.

(20) CS, 18/12/2007, “Silva, Facundo J. c. Unilever de

Argentina SA”, Fallos 330:5435.

(21) GALDÓS, Jorge M., “El art. 1757 del Cód. Civ. y Com. (el anterior art. 1113, Cód. Civil)”, RCyS 2015-IV-176; PIZARRO, Ramón D., “Responsabilidad civil por actividades riesgosas o peligrosas en el nuevo Código”, LA LEY, 2015-D, 993.

(22) 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.

nes 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 de una relación de causalidad de la que no hay prueba directa (23).

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 (24).

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, pre-

vios 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 (25).

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 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

{ NOTAS }

(23) PICASSO, Sebastián, en LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), “Código Civil y Comercial comentado”, Rubinzal-Culzoni Edit., 2015, t. VIII, p. 466.

(24) GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo M., “La prueba del nexo causal”, *Revista de Derecho de Daños*, 2003-2, p. 99.

(25) PIZARRO, Ramón D., “Responsabilidad civil...”, ob. cit., p. 1.

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...” (26).

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 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 enfermedades profesionales listadas (27), 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 exacerba 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 traducían con anterioridad al hecho ilícito en un grado de incapacidad concreto, corresponde en principio reparar la totalidad del daño que aquélla experimenta (28).

En conclusión, de tratarse de un trabajador predisposto 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 contra-

to de trabajo, y que por ello padece un daño superior.

X. Conclusiones

De todo lo expuesto se colige, entre otras conclusiones:

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 nexo directo o indirecto, 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 (29). 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 descartan las interpretaciones conflictivas (30).

d. Son accidentes los hechos súbitos y violentos, y enfermedades aquellas que se adquieren de modo progresivo. El listado de enfermedades profesionales que es acesorio 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 anudar 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 damnificados 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 damnificados 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 traducían 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.

Cita on line: AR/DOC/1094/2020

{ NOTAS }

(26) Véase www.insst.es/documents/94886/161971/Ca-p%3%ADtulo+97.+Centros+y+servicios+de+asistencia+s-anitaria.

(27) MAZA, Miguel Á. - CRUZ DEVOTO, Gabriela S.

- SEGURA, Juan M., “Comentarios sobre el régimen...”, ob. cit., ps. 138-157.

(28) PICASSO, Sebastián, “Predisposiciones de la víctima y relación causal”, LA LEY, 2019-E, 749.

(29) CS, 27/11/2012, “Rodríguez Pereyra, Jorge L. c. Ejército Argentino”, Fallos 335:2333.

(30) SAGÜÉS, Néstor, “El control de convencionalidad, en particular sobre las Constituciones Nacionales”,

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.

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.

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 después ellos levantan la mochila y se retiran del lugar (2).

Algunos aseguran que, en caso de sufrir un accidente, deben arreglárselas solos. Y aho-

ra, 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 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 sistemático, 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 desa-

rollando 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).

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 constata 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).

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)
 (*) 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) LITTERIO, Liliana H., “Los trabajadores plataforma-dependientes durante el coronavirus”, LA LEY, cita online: AR/DOC/933/2020.

(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.

(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 enferme-

dad 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.

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 registrados 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.

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.

Cita online: AR/DOC/1175/2020

{ NOTAS }

(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, Liliana H., "Los trabajadores plataforma-dependientes en la Ar-

gentina 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 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.

En un contexto signado por la pandemia del COVID-19 declarada por la Organización Mundial de la Salud, el DNU 329/2020 (BO del 31/03/2020) estableció la prohibición de comunicar despidos sin justa causa, así como la de efectivizar despidos y suspensiones por fuerza mayor y falta o disminución de trabajo no imputable al empleador.

Por el carácter de la medida y la particular coyuntura que la rodea, se trata de una norma de alcance general, que sanciona con nulidad toda conducta desplegada por los empleadores en contraposición a la prohibición legal, acotada al lapso de su vigencia (1).

Ocurre que, al ser una norma de marcada vocación —digamos— universal, al poco tiempo de proyectar sus efectos genera colisiones con otros derechos con-

sagrados por normas de un alcance más particular.

Así sucede con la veda dispuesta por el decreto de necesidad y urgencia referido y el período de prueba regulado por el art. 92 bis de la LCT (texto según ley 25.877), caracterizado este último como el primer tramo del contrato de trabajo por tiempo indeterminado, donde cualquiera de las partes posee la facultad de extinguir el vínculo sin expresión de causa y sin obligación de abonar una indemnización (2).

De esta manera, se da en los hechos una *superposición de normas* en el ámbito de las relaciones laborales del sector privado y, más específicamente, en relación con todos aquellos contratos de trabajo regidos por la LCT —y estatutos particulares— que al tiempo de la prohibición se encontraban cursando el período de prueba.

Así, a partir de la entrada en vigencia del DNU 329/2020, con la extinción de vínculos laborales en los términos del art. 92 bis, LCT —o norma análoga de un estatuto profesional—, fruto del *solapamiento* mencionado, se ha abierto el interrogante sobre cuál es la disposición legal aplicable, esto es, si la que nulifica transitoriamente el despido o si la que autoriza su extinción sin consecuencia indemnizatoria.

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:

(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

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

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

(1) En "Las prohibiciones emergentes del DNU 329/2020, de 31 de marzo", Juan A. CONFALONIERI

(h.) indicó que "La norma de excepción no establece limitaciones en su ámbito de aplicación subjetivo. De acuerdo a su texto, son destinatarios de las prohibiciones: todos los empleadores, independientemente de la cantidad de trabajadores que ocupen, sin importar que sus actividades sean consideradas esenciales. Micro,

pequeñas, medianas y grandes empresas, desplieguen o no actividades esenciales, están alcanzadas por las prohibiciones establecidas en la norma de excepción" (ver su colaboración en la página web de ADTySS, www.adtyss.org.ar).

(2) No es materia de esta colaboración desentrañar

la verdadera naturaleza jurídica del período de prueba, esto es, si se trata de una mera postergación de la estabilidad para que el empresario pueda despedir libremente, o si estamos frente a una auténtica etapa de prueba, cuestión que ha dividido a la doctrina desde la aparición de este instituto.

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” (3).

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” (4).

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 (5), 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 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 (6), 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 embarazada en período de prueba (7)—, 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 bien, fue una deliberada forma de “sortear” la prohibición de deshacerse de él (8).

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 (9).

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.

Cita on line: AR/DOC/1165/2020

{ NOTAS }

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

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

(5) 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).

(6) “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.

(7) 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 proporcionalmente 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 CNTrab., www.pjn.gov.ar).

(8) 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).

(9) 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.

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 “pre-suntivamente 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, pre-

ventivo 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 decreto, la imprescindible y necesaria relación de causalidad directa e inmediata de la enfermedad denunciada con el trabajo efec-

tuado 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).

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 aquél 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, entendiéndose 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 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 reunido 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.

Cita on line: AR/DOC/1110/2020

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) 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.

(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 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”. 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 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” im-

prescindible 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”.

(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.

(13) Según normas que en su momento dictará la SRT.

(14) Ver disp. 5/2020 de la Gerencia de CM de la SRT.

Doble indemnización y prohibición de despedir en contexto de crisis de sustentabilidad en las empresas a causa de COVID-19

Sergio Omar Rodríguez (*)

SUMARIO: I. Contexto crítico para las empresas.— II. El dilema de las empresas: despidos o quiebre de la rentabilidad.— III. Decreto 34/2019: duplicación de la indemnización por despido sin causa.— IV. Decreto 329/2020: prohibición de despedir.— V. Alcances del derecho del trabajo.— VI. Situación dilemática de los sectores empresariales.— VII. Coalición de decretos: doble indemnización vs. prohibición de despedir.— VIII. Alternativa jurídica para rescindir el vínculo laboral.— IX. El despido sin justa causa.— X. Afectación al régimen de estabilidad.— XI. Limitación del derecho de los empleadores.— XII. Responsabilidad social empresaria en el contexto de la República Argentina y el COVID-19

I. Contexto crítico para las empresas

En la República Argentina, los problemas estructurales en la economía no son una novedad respecto de la cual los empresarios no puedan tener cierto nivel de previsibilidad.

Toda inversión conlleva un riesgo, y parte de él es propio del análisis de los empresarios nacionales que conocen la idiosincrasia poco afortunada que nos representa.

Lo que no tiene capacidad de prever ni el más astuto de los empresarios es cuándo

acontecerá un fenómeno como el de la pandemia COVID-19.

Esto representa un generador de caos a nivel mundial que afecta en gran manera a las empresas, ocasionándoles pérdidas cuantiosas, pero además transformando el esquema

de personal en un aparato reproductivo de pérdidas, a causa de la caída abrupta de la rentabilidad.

En la faz técnica, estas empresas en su rol de empleadores se ven sometidas a tomar impulsión, a veces exagerada, de sus facul-

tades de dirección y control. Esto lleva irremediablemente a que una variable de ajuste para garantizar la posterior supervivencia sea reducir las erogaciones fijas.

Cuando una empresa se encuentra en crisis, su inversión en capital humano, es decir, trabajadores, empieza a tornarse un gasto fijo. En la mentalidad de supervivencia del empresario empieza a primar el valor matemático por sobre el capital humano agregado a su cadena de valor en el producto o servicio final.

Esto hace que la toma de decisiones más común en los empleadores que aun poseen alguna reserva de valor disponible sea despedir, haciendo efectivo uso de la facultad consagrada en el art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo, en adelante LCT, abonando al trabajador la indemnización de ley, para así evitar endeudarse a futuro con salarios que no pueda afrontar con una expectativa de rentabilidad decreciente.

II. El dilema de las empresas: despidos o quiebre de la rentabilidad

En estos contextos, el Poder Ejecutivo no le compone reto fácil en la toma de decisiones a los empleadores, en tanto, como haré notar con posterioridad, las implementaciones de los decretos emitidos a través de las facultades extraordinarias que actualmente envisten al presidente de la Nación, intentan inmiscuirse en la decisión inmediata de ejecutar un despido.

Entiendo que lo que intenta el Poder Ejecutivo Nacional es que las grandes empresas consideren atribuir a sus análisis de rentabilidad cierta benevolencia y solidaridad que no son propias de quienes detentan el poder de custodia de la propiedad privada.

¿Qué quiero decir con esto? Que detrás de cada emprendedor, cada pyme y cada empresa hay un capital económico y productivo otorgado por algún propietario. Los medios de producción en el sistema capitalista son de propiedad privada. La propiedad privada es un derecho de carácter personal que excluye a terceros de los alcances de sus propietarios.

Lo que intento hacer es llevar al crudo todas las variantes que surgen en el análisis y las decisiones lógicas empresariales.

¡No es fácil! Es por eso que, en el marco de estas responsabilidades, el empresario se encuentra en un reto dilemático. Despido y salvaguardo la rentabilidad (incluso a veces lo que se preserva es la rentabilidad cero para poder pasar el momento de crisis) o priorizo las fuentes de trabajo, poniendo en riesgo la supervivencia empresarial.

La decisión claramente ya resulta compleja en épocas de cierta “normalidad”; sin embargo, ciertas normas ponen en jaque la determinación empresarial.

III. Decreto 34/2019: duplicación de la indemnización por despido sin causa

En diciembre del año 2019, la República Argentina renovó autoridades nacionales, entre ellas el presidente de la Nación.

Ciertamente, las tensiones políticas que se vivían entonces sirvieron de fundamento normativo para que el presidente de la Nación emitiera el dec. 34/2019, con el cual

impuso un agravante pecuniario a los empleadores que realizaran despidos sin justa causa por el término de 180 días.

Esto se fundó en impedir que la decisión empresarial de ejecutar despidos se basara en un contexto de transición de orden político.

Sin embargo, desde el foco objetivo de nuestra materia, el de las relaciones individuales del trabajo, importa una limitación a la facultad del empleador de despedir.

Pero respecto de lo que aconteció posteriormente, podríamos definirlo como una reglamentación moderada.

IV. Decreto 329/2020: prohibición de despedir

El pasado 31/03/2020, el Poder Ejecutivo Nacional emitió el dec. 329/2020, por el cual quedaron prohibidas las facultades de los empleadores de todos los actos de despidos sin justa causa y por las causales de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor.

Por su parte, en el mismo sentido también se impusieron iguales prohibiciones para con las suspensiones fundadas en razones de fuerza mayor o falta/disminución de trabajo por el término de 60 días corridos desde la sanción.

Aquí ya la adopción de la medida, a mi criterio, pasó de ser moderada a agravada. Ciertamente es que, si ya con el dec. 34/2019 se hacía complejo el dilema empresarial, con este último se hace un reto dilemático de orden titánico.

Este plazo de 60 días resulta un plazo de excepción al régimen general de la estabilidad impropia que caracteriza el contrato de trabajo entre sujetos privados.

Este decreto fundado en razones de emergencia sanitaria propias de una coyuntura poco alentadora por las afrentas propias de medidas forzadas para combatir la pandemia del COVID-19 viene a cercenar una facultad del empleador que responde a su libertad de contratar.

Es dable destacar que el empleador, en pleno goce de sus facultades de administración y dirección, está facultado por la LCT a incursionar en el despido a fin de salvaguardar la rentabilidad o el objeto económico de su actividad.

Esto no es un criterio arbitrario de parte del legislador, sino que responde a una protección del derecho de propiedad consagrado constitucionalmente, en un contexto en que, en el sistema capitalista mundial que hoy nos converge, los medios de producción son objeto de ostentación privada.

El despido en la República Argentina, según el régimen general, está permitido y opera de forma automática una vez notificado al trabajador.

Esto es importante, en tanto que opera inmediatamente una vez manifestada fehacientemente la voluntad del empleador, sin derecho del trabajador a oponer contrariedad a tal proceder.

“La circunstancia de que se hayan utilizado diferentes expresiones para identificarlo no obsta a que, en una primera conceptualización descriptiva, se pueda presentar a

este evento como el acto jurídico unilateral y recepticio en virtud del cual el empleador, por su sola voluntad, da por extinguido el vínculo laboral” (1).

Ahora bien, esta suerte de daño lícito contemplado a través de una reparación pecuniaria en la LCT (ver art. 245) es muy fácil de comprender en su faz técnica, pero en igual proporción es compleja de asimilar en la práctica.

Si bien la estabilidad impropia permite que los trabajadores no guarden una relación de propiedad con su puesto de trabajo, no se puede negar que el desempleo es materia ocupante de los Estados del mundo.

En la República Argentina, además, se le suma el gran porcentaje (se estima que un 30% o más) de trabajo informal, entre los cuales podemos encontrar distintas expresiones de precarización, como el trabajo totalmente no registrado, el trabajo deficientemente registrado o bien malversaciones de figuras jurídicas que se usan para encubrir el contrato de trabajo, como la implementación de monotributistas que son sometidos a tal régimen para tareas normales y habituales propias de la LCT.

Es imprescindible expresar que todas las actividades que mantengan una relación de dependencia implícita o explícita encuadrarán en la LCT, excluyendo cualquier otro tipo de régimen.

V. Alcances del derecho del trabajo

En razón de esto, la LCT ostenta un doble juego articulado de normas en sus arts. 21 y 22, donde define el contrato de trabajo y la relación de trabajo.

El contrato de trabajo es el género común, pero el común denominador es la relación de trabajo.

Para cuadrar bien en la importancia del alcance supremo que tiene esta norma de orden público, es necesario comprender que todos los contratos de trabajo contienen relación de trabajo, pero no todas las relaciones de trabajo contienen contrato de trabajo.

¿Por qué el legislador contempló estas dos variantes?

En suma, para poder adaptar los alcances del derecho del trabajo a la diversidad de formas en que se concretiza.

Otros doctrinarios pensamos que el contrato subyace siempre en la relación de trabajo, pero de una manera tácita implícita. Podríamos decir que la relación de trabajo es una contratación verbalizada y ratificada en la materialización de actos de un trabajador en beneficio de un tercero que detenta la propiedad del objeto de producción.

“Con el fin de evitar que el empleador utilice los servicios del trabajador y posteriormente desconozca el vínculo fundándose en la inexistencia de un contrato escrito, la ley impone que los efectos de la relación sean similares a los del contrato de trabajo, salvo que un tercero de buena fe lo desconozca y se haya opuesto a esa prestación (Contrato de trabajo sin relación de trabajo)” (2).

Ciertamente, el despido, como hice alusión en las líneas que preceden, tiene una

connotación de orden social que pone al Estado frente a la cada vez más frecuente intervención en las variables de las condiciones para poder ejercer dicho acto, en protección del trabajador.

Si bien la LCT consagra un régimen protectorio, parecería ser que en algunos contextos no resulta suficiente.

Así parece ser la ocasión en la República Argentina, en época de COVID-19, una pandemia que amenaza con llevarse puestos los grandes capitales del mundo y con ellos los empleos del sector privado.

VI. Situación dilemática de los sectores empresariales

El sector empresarial se encuentra en una situación dilemática entre dos focos de presión. El primero de ellos es la presión económica dentro de la empresa.

Los estados y resultados reclinan frente a las mermas propias de un aislamiento social preventivo obligatorio que amenaza con prolongarse y va llevándose puesta la cadena de pagos y las contrataciones de bienes y servicios de los distintos escalafones de la sociedad.

En el otro extremo, el resguardo imperativo de un Estado Nacional, que, a través del Ministerio de Trabajo, le recuerda al empresariado la connotación social del despido y le impone una prohibición de despedir.

Sumado a ello, el reciente antecedente del dec. 34/2019, de duplicación de la indemnización de los despidos sin causa, que, para sorpresa de muchos, quedará sentado en la historia como una medida que evitó los despidos en masa que acontecieron en el mundo y que al momento no se replicaron en la frágil República Argentina del sur de América.

“La medida suele tener el doble propósito de encarecer —y así desalentar— los despidos inmotivados y, al mismo tiempo, reforzar la ayuda económica que supone para el trabajador segregado de la empresa la indemnización en circunstancias en las que puede tener mayores dificultades para encontrar nuevo empleo, y para la que, por cierto, en poco lo ayuda — en nuestro país— la prestación por desempleo que otorga el sistema de la seguridad social” (3).

Ante estos dos extremos, hay respuestas normativas que están empezando a ser implementadas por los empleadores.

Tal es el caso del distracto formulado en fuerza mayor. Claro está que con la vigencia del art. 2º del dec. 329/2020: “Prohíbanse los despidos sin justa causa y por las causales de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor por el plazo de sesenta (60) días contados a partir de la fecha de publicación del presente decreto en el Boletín Oficial”, esta posibilidad ha devenido vetusta a partir del 31 de marzo.

Particularmente, considero que la intromisión excesiva en la libertad de contratar, si bien *a priori* parecería necesario, genera distorsiones que no evitan la causa-fuente del generador de despidos: la improductividad causada por la falta de rentabilidad en los estados y resultados mensuales de las empresas.

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723) (*) Abogado, especialista en Relaciones Individuales del Trabajo, recibido en la Universidad de Buenos Aires;

docente universitario.

(1) ACKERMAN, Mario E., “Duplicación de la indemnización por despido sin justa causa: DNU 34/2019”, Ru-

binzal-Culzoni Edit., Santa Fe, 2020, p. 115.

(2) GRISOLLA, Julio A. - AHUAD, Ernesto J., “Ley de Contrato de Trabajo comentada”, Ed. Estudio, Buenos

Aires, 2016, 6ª ed., p. 62.

(3) ACKERMAN, Mario E., ob. cit., p. 9.

En tal sentido, lo que *a priori* es el antídoto para evitar las consecuencias de la connotación social, termina inoculando la perpetuación de la crisis de recesión económica, lo cual transforma el desempleo en una característica idiosincrática de nuestro país.

El problema trasciende la pandemia, trasciende los gobiernos, acontece de hace tiempo.

No obstante, no es engorroso contar con el problema, las grandes potencias como EE.UU., también cuentan con índices de desempleo preocupante, pero al tener respuestas otras cosas quizá la ponderación del tema no es tan visible.

Continuando en la sintonía del dec. 329/2020, expondré más adelante las razones fácticas por las que se implementa la estabilidad propia en el empleo privado, algo inédito en la misma proporción de lo que implica la excepcionalidad que estamos viviendo con la pandemia.

La sanción que impone el decreto, para aquellos empleadores que incumplan la normativa, es el mantenimiento forzado de la relación de trabajo.

Esto, en términos prácticos, solo implicará el devengamiento de salarios por lo que dure la vigencia de la prohibición de despedir.

Esto puede llegar a formular acuerdos de parte de los empleadores que contemplen el pago de la indemnización, proporcional de pago (camuflado de gratificación) del dec. 34/2019 y el abono de los 60 días del dec. 329/2020.

VII. Coalición de decretos: doble indemnización vs. prohibición de despedir

Causa al menos curiosidad tener que hacer un análisis entre la coalición normativa de dos decretos dictados en carácter de necesidad y urgencia por el mismo presidente en ejercicio de facultades extraordinarias.

La pregunta que debemos resolver los profesionales abogados en este contexto es: ¿qué prima más?

La respuesta es muy sencilla por su contratación fáctica: el dec. 329/2020 (prohibición de despedir) prima por sobre el dec. 34/2019 (duplicación de la indemnización), por la amplitud de su alcance dispositivo.

En este sentido, se aplicaría una regla de *quien no puede lo más no puede lo menos*.

¿Qué me orienta a expresar de esta manera la prevalencia de la prohibición de despedir por sobre la restante?

Ni más ni menos que el orden protectorio de la LCT, en su regla de aplicabilidad de la norma más favorable al trabajador.

La contratación fáctica a la que hacía alusión antes es que, si se encuentra prohibido el acto de despedir, no es posible la implementación del acto que da origen a la duplicación del art. 245 LCT, porque al menos para la faz técnico-jurídica (que seguramente no se traslade a la realidad), la facultad de despedir se encuentra suspendida temporalmente para el empleador.

Como dije anteriormente, el instinto de supervivencia empresarial no va a dejar a los empleadores de brazos cruzados y va a ser motor de buscar alternativas viables para hacer operativo el fin del vínculo.

Siendo que las reglamentaciones en su totalidad imponen limitaciones a la voluntad unívoca del empleador, este buscará en las alternativas de la LCT hacer protagonista la voluntad concurrente de las partes, que *a priori* excluiría ambos decretos siempre que se desarrolle con buena fe (pleno conocimiento y consentimiento voluntario del trabajador) y encuadre en los límites de la justa composición.

Este último elemento debe ser cuidado rigurosamente por los empleadores, ya que, de lo contrario, sería objeto de revisión judicial posterior con resultado favorable para el trabajador.

VIII. Alternativa jurídica para rescindir el vínculo laboral

¿Cómo podría instrumentarse esto de manera de no incurrir en un despido?

A través de un acuerdo forjado en el art. 241 LCT, voluntad concurrente de las partes.

“La extinción por voluntad concurrente de las partes es un modo de dar fin al contrato de trabajo, que requiere la decisión de ambas partes manifestada expresamente, que se debe formalizar en forma expresa ante escribano público o autoridad administrativa o judicial o en forma tácita, mediante un comportamiento inequívoco del trabajador y el empleador que implica el fin de la relación laboral” (4)

Por su parte, los empleadores podrían igualmente llegar al finiquito de un vínculo incurriendo en prácticas tales como las contempladas en el art. 241 LCT por voluntad concurrente de las partes.

Sin perjuicio de ello, siempre es menester destacar que la liquidación acordada debería contemplar la vigencia del dec. 34/2019, que incorpora la duplicación de la indemnización de despidos sin causa, hasta junio del presente año 2020.

¿Sería obligatorio para la voluntad concurrente de partes de finiquitar un vínculo contemplarlo? Obviamente que no, pero sí debe ser un parámetro de análisis por parte del trabajador.

Por su parte, bien podría el trabajador solicitar la inmediata reinstalación en su puesto de trabajo.

IX. El despido sin justa causa

“Es una forma de extinción del contrato de trabajo que surge de la voluntad de alguna de las partes puede fundarse en justa causa o disponerse sin expresión de esta” (5).

El despido por parte de los empresarios siempre ha sido variable de rentabilidad. En épocas como la que nos aflora, es muy esperable que la primera reacción que tenga el empresariado sea efectuar despidos.

Es difícil tener una precisión estimativa del tiempo que puede durar el aislamiento social preventivo obligatorio promovido por el dec. 297/2020 luego ampliado al 26/04 por el dec. 355/2020.

Sin embargo, parecería ser que, en la República Argentina, sin perjuicio de los problemas estructurales que existen con relación al desempleo, la dinámica de los despidos corre de manera más anticipada que en países de un orden estructural un poco más ordenado.

En suma, en la actualidad el despido se encuentra limitado por el dec. 34/2019, que imponía una agravante pecuniaria. Sin ser este recaudo suficiente, el Poder Ejecutivo Nacional impone la prohibición de despedir como medida auxiliadora para pasar 60 días potenciales de crisis en todos los sectores.

X. Afectación al régimen de estabilidad

En el régimen general de la LCT, la regla general es el imperio de la estabilidad impropia.

Esto importa que si bien existe el principio de continuidad que brega por la continuación del vínculo jurídico entre partes, sigue siendo facultad del empleador la posibilidad de ejercer un daño lícito a través del despido.

Este daño lícito está contemplado a través de una reparación tarifada y fundamentada en la antigüedad del trabajador en su empleo.

En la medida en que más crece el potencial daño que pudiera recibir el trabajador, más se refuerza el concepto tarifado para su reparación.

En tal sentido, debo agregar que las disposiciones relacionadas con los vínculos laborales importan un interés de orden público que justifica las regulaciones específicas sobre las limitaciones a las partes para concertar los distintos contratos de trabajo.

A tal efecto es que al Estado Nacional le importa particularmente interceder en medidas que eviten los despidos masivos en épocas de una tragedia epidemiológica como la pandemia COVID-19.

El desempleo para los Estados modernos es una problemática muy compleja de resolver, y su mitigación mucho tiene que ver con la estabilidad impropia que modera la libertad de formas de contratar en el marco del contrato de trabajo.

Es sustancialmente importante distinguir entre permanencia y estabilidad, ya que, si bien son voces que según las circunstancias pueden operar como sinónimos, desde el punto de vista jurídico la permanencia alude a una situación de hecho —expectativa o posibilidad de conservar el puesto—, mientras que la estabilidad es el derecho que garantiza la permanencia (6).

En suma, la estabilidad propia importa que existe un derecho a permanecer en el puesto de trabajo, a la conservación de este último.

Podríamos decir gráficamente que el trabajador es *propietario* de su puesto de trabajo y que cualquier menoscabo a esta situación importa su derecho facultativo de solicitar jurisdiccionalmente la reinstalación y la nulidad de efectos disruptivos del vínculo laboral.

Esto sucede en el régimen de empleo público en los trabajadores de planta permanente y su finalidad es que el desempeño del trabajador no se vea condicionado por su inestabilidad laboral en razón de cambios de signo político de los funcionarios de alto rango.

Sin embargo, no pasa así en el régimen de contratación del sector privado regula-

do por la LCT, donde la estabilidad es impropia, importando que exista una facultad latente del empleador de poder despedir en cualquier momento de la relación.

La sanción del dec. 329/2020 que establece la prohibición, dispone un régimen temporalmente transitorio de estabilidad propia para todos los trabajadores del sector privado.

Esto implica que durante la vigencia de los 60 días de estabilidad propia el trabajador no puede ser despedido, ya que, de serlo, tendrá derecho a solicitar la inmediata reinstalación en su puesto de trabajo.

Esta situación es muy compleja, ya que vencido el plazo de los 60 días el empleador retoma su facultad de despedir y el trabajador reinstalado sabe que se encuentra en un supuesto de vulnerabilidad.

Quizás hubiera sido prudente incorporar un agravante indemnizatorio, por un plazo de un año como periodo de sospecha, de que el despido incausado se funda en el reclamo de los derechos del trabajador.

Por su parte, si es muy delicada la situación de la estabilidad del empleo del trabajador, se suma a ello que en el mes de junio cesa la vigencia del dec. 34/2019 por el cual se duplican las indemnizaciones, con lo cual es riesgo de despido será mayor.

XI. Limitación del derecho de los empleadores

Los empleadores, como vengo manifestando en las líneas que preceden, mantienen su facultad de despedir. Esta facultad importa el derecho de aplicarla de forma incausada y/o arbitraria en tanto que en el trasfondo importa un derecho de propiedad.

Volviendo a la estructura básica del proceso de producción de riqueza, el trabajador aporta la fuerza de trabajo (capital humano), que en la medida que tenga mayor desarrollo preparatorio incorporará más valor, y el empleador pone el capital, facilitando los medios materiales de producción, que son de su propiedad privada. Es decir, que en general los medios privados de producción son patrimonio de una empresa o persona humana.

Esto es lo que funda que el derecho del trabajo otorgue de alguna manera ciertas facultades al empleador para que tenga el resguardo de la finalidad de lo que se va a hacer con parte de su propiedad.

El empleador es el facultado para organizar el trabajo: “Art. 64.- Facultad de organización. El empleador tiene facultades suficientes para organizar económica y técnicamente la empresa, explotación o establecimiento”.

El empleador tiene facultades de dirección de su empresa: “Art. 65.- Facultad de dirección. Las facultades de dirección que asisten al empleador deberán ejercitarse con carácter funcional, atendiendo a los fines de la empresa, a las exigencias de la producción, sin perjuicio de la preservación y mejora de los derechos personales y patrimoniales del trabajador”.

El empleador puede modificar las condiciones en que se lleva adelante el trabajo: “Art. 66.- Facultad de modificar las formas y modalidades del trabajo. El empleador está facultado para introducir todos aquellos cambios relativos a la forma y modalidades de la prestación del trabajo, en tanto esos cambios no importen un ejercicio irrazonable de esa facultad, ni alteren modalidades esenciales del contrato, ni causen perjuicio material ni moral al trabajador”.

{ NOTAS }

(4) GRISOLIA, Julio A. - AHUAD, Ernesto J., ob. cit., p. 316.

(5) GRISOLIA, Julio A., “Manual de Derecho Labo-

ral”, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2019, p. 643.

(6) ACKERMAN, Mario E., ob. cit., p. 24.

En épocas excepcionales como la de la pandemia de COVID-19, el ejercicio material de las facultades de parte del empleador es un rol fundamental para mitigar los perjuicios que ineludiblemente se generarán.

Asimismo, es primordial el rol del Estado para ordenar el desarrollo de las relaciones laborales en épocas de excepción a fin de otorgar cierta seguridad jurídica a los empleadores.

XII. Responsabilidad social empresaria en el contexto de la República Argentina y el COVID-19

Situaciones excepcionales requieren líderes excepcionales en las cúpulas de las distintas empresas.

Sin embargo, esta frase digna de un deseo de buena voluntad no aplica en la regla general de las administraciones privadas.

Las empresas, no solo en la República Argentina sino que también en el mundo, son consideradas benefactores sociales.

Las empresas, y en nuestro país las pymes, son la fuente genuina de empleo, producen los bienes y los servicios que consumimos, compiten y los mejoran en favor de la elección del consumidor, sostienen la actividad productiva de las naciones y su base material a través de la recaudación de impuestos, propias de su flujo comercial.

Es menester crear una conciencia colectiva de la importancia de la empresa en la misma proporción en que se debe plantear seriamente la importancia de que todos los seres humanos del mundo deben tener la noción de la responsabilidad social empresaria.

En el siglo XXI existen empresas que tienen un patrimonio mayor que la suma

de patrimonios de varios países del globo.

Hay empresas que tienen más clientes que ciudadanos de varios países de primer mundo.

Existen empresas que tienen más incidencia en la política internacional que algunos países, con lo que ello significa.

En tanto mayor es el crecimiento de las empresas, mayor debe ser la responsabilidad social porque sus decisiones empiezan a afectar a las sociedades del mundo.

El sistema capitalista y la libertad de contratar permiten este fenómeno.

La libre competencia y el mérito del empresario en tener el bien o servicio superador lo imponen justamente como líder mundial, regional, local.

Nadie intenta obturar esta libertad de hacer crecer el patrimonio privado de las empresas, porque en definitiva si una empresa crece, también puede decrecer si la visión empresarial no es clara, véase el caso de empresas como Kodak o BlackBerry, por ejemplo.

Sin embargo, sí es necesario que los Estados del mundo, en este caso, regulen enérgicamente la responsabilidad social empresaria.

Ya ha quedado demostrado a lo largo de la historia que la falta de regulación en los mercados o distintos aspectos relacionados a los privados no trae un beneficio para la sociedad en su conjunto, porque en el ser humano prima el crecimiento individual.

Como la sociedad debe primar para garantizar los derechos mínimos a la mayor cantidad de seres humanos posible es que debe afirmarse la existencia de los Estados

en la actualidad aun cuando las empresas crecen en tamaños exorbitantes respecto de aquellos.

Las políticas de responsabilidad empresaria no pueden estar libradas a la buena voluntad de los CEOs o los referentes de *compliance*/RRHH de las empresas.

Hay empresas que hacen muy buenas prácticas en favor de las comunidades, pero estas son insignificantes respecto de sus ganancias exponenciales o bien, siendo acordes con su potencialidad, terminan siendo insuficientes en tanto sus competidores o las demás empresas no aportan para el mismo fin.

Por otro lado, ¿por qué una empresa adoptaría este tipo de medidas sin que sus competidoras estén obligadas a hacerlo?

¿Cómo deben actuar las empresas en pleno auge de COVID-19 para ayudar al bienestar social?

No lo sabemos.

¿Por qué no lo sabemos?

Porque no tenemos regulada la responsabilidad social empresaria, ni un desarrollo material de su ejercicio.

Esto tiene como correlato consecuencias tales como la toma de medidas que en el contexto no hacen más que ser una alarma de la fragilidad del sistema.

Prohibir los despidos no hubiese sido necesario si existiera una responsabilidad social empresaria que genere la conciencia de no especular con despidos masivos por la imprevisibilidad que genera el propio Estado y la pandemia.

Es imperiosa la necesidad de trabajar la responsabilidad social empresaria a fin de

que las empresas puedan adaptarse, trabajar a la par de Estados contando con que estos conozcan qué condiciones aquellas necesitan a fin de reforzar un vínculo muy tensado en los últimos años, al menos en la República Argentina.

Ambos actores son benefactores sociales; la empresa y el Estado deben trabajar juntos.

La responsabilidad social empresaria sería entonces regulada por medio de una ley que imponga parámetros generales que deban cumplir las empresas a fin de servir a su comunidad, como así también la preparación de protocolos de contingencias especiales.

Solo así sabríamos cómo actuar en épocas de excepción, como esta del COVID-19.

Cita online: AR/DOC/1071/2020

MÁS INFORMACIÓN

Mosquera, Gerardo Raúl, "Algunas incidencias de la pandemia (coronavirus) en los contratos y acuerdos laborales", AR/DOC/915/2020

Acosta Güemes, Mariana C. - Donato, Carla, "Coronavirus en el ámbito del trabajo", AR/DOC/757/2020

De Diego, Julián A., "El coronavirus y las normas de prevención en materia laboral", AR/DOC/765/2020

Foglia, Ricardo A., "El coronavirus y su impacto en el derecho del trabajo. Análisis de las normas dictadas a raíz de la pandemia", AR/DOC/823/2020

LIBRO RECOMENDADO

Regímenes Laborales Especiales

Autor: Foglia, Ricardo A.

Edición: 2019

Editorial: La Ley, Buenos Aires