



## DERECHO DEL TRABAJO, SEGURIDAD SOCIAL Y CORONAVIRUS



### DOCTRINA

¿Es constitucional la norma que impone a los empleadores privados el pago íntegro de sus remuneraciones a los trabajadores afectados por el aislamiento preventivo y obligatorio?  
*Carlos Alberto Etala* ..... 2

Un nuevo escenario para el Derecho del Trabajo argentino  
Reflexiones a partir de la pandemia, el aislamiento social y los cambios normativos  
*Mario S. Fera y Karina V. Couceyro* ..... 3

*Ius variandi*, rebajas salariales y teletrabajo en la era del COVID-19  
*Andrea E. García Vior* ..... 6

Prohibición de despedir: análisis jurídico del DNU 329/2020  
*Julio E. Lalanne* ..... 9

La entrega "esencial" de productos a domicilio por parte de trabajadores plataforma-dependientes durante la pandemia del coronavirus  
*Liliana H. Litterio* ..... 11

El decreto de necesidad y urgencia 367/2020 sobre la presunción del COVID-19 como enfermedad profesional en los trabajadores que cumplen tareas en actividades declaradas esenciales  
*Ricardo A. Foglia* ..... 13

El DNU 367/2020, el ¿reconocimiento? del COVID-19 como enfermedad profesional, y el deber de prevención  
*Raúl A. Oyola* ..... 18

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

Carlos Alberto Etala (\*) (\*\*)

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

## I. Introducción

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

Antes de la difusión de dicha enfermedad en el ámbito territorial de la República Argentina, el Congreso de la Nación había aprobado, en primera instancia, la ley 27.541 (BO 23/12/2019), llamada “Ley de solidaridad social y reactivación productiva en el marco de la emergencia pública”, cuyo art. 1º determina lo siguiente: “Declárase la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, energética, sanitaria y social, y deléganse en el Poder Ejecutivo nacional las facultades comprendidas en la presente ley en los términos del art. 76 de la CN, con arreglo a las bases de delegación establecidas en el art. 2º, hasta el 31 diciembre de 2020”.

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

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

Pocos días después, el presidente de la Nación dictó el DNU 297/2020 (BO 20/03/2020), que en su art. 1º estableció: “A fin de proteger la salud pública, lo que constituye una obligación inalienable del Estado nacional, se establece para todas

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

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

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

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

En cuanto a los trabajadores públicos, el DNU 325/2020 (BO 31/03/2020), que pro-

rogó la vigencia del DNU 297/2020 hasta el 12/04/2020, aprobó respecto de estos trabajadores, en su art. 2º, el siguiente texto: “Las trabajadoras y los trabajadores que no se encuentren alcanzados por ninguna de las excepciones previstas en el art. 6º del dec. 297/2020, y deban cumplir con el ‘aislamiento social preventivo y obligatorio’, pertenecientes a las jurisdicciones, organismos y entidades del sector público nacional, cualquiera sea su forma de contratación, deberán abstenerse de concurrir a sus lugares de trabajo, pero deberán realizar sus tareas, en tanto ello sea posible, desde el lugar donde cumplan el aislamiento ordenado, cumpliendo las indicaciones de la autoridad jerárquica correspondiente”.

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

## III. Crítica de la normativa vigente

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

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

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

1º) El empleador privado se ve compelido a abonar una remuneración que,

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

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

3º) Nos encontramos, sin lugar a dudas, en presencia de una situación de “desempleo” forzoso, derivado de una “medida de gobierno”, que encuadra perfectamente dentro del concepto de “contingencia social” de “desempleo” que debe cubrir el Derecho de la Seguridad Social; y no del concepto de “remuneración” comprendido en el contrato de trabajo.

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

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

Cita on line: AR/DOC/1520/2020

## { NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

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

(\*\*) Comentario del académico con motivo del “ais-

lamiento, social, preventivo y obligatorio” remitido a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

# Un nuevo escenario para el Derecho del Trabajo argentino

## REFLEXIONES A PARTIR DE LA PANDEMIA, EL AISLAMIENTO SOCIAL Y LOS CAMBIOS NORMATIVOS

Mario S. Fera (\*) y Karina V. Couceyro (\*\*)

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

### I. Introducción

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

En la Argentina dichas circunstancias resultan jurídicamente abarcadas, en lo sustancial, por: a) la ley 27.541, que a fines del año pasado declaró la emergencia pública en materia sanitaria (1) hasta el 31 de diciembre de 2020; b) el DNU 260/2020, del 12 de marzo de 2020, que amplió esa emergencia sanitaria con motivo de la pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud en relación con el COVID-19, por el plazo de un [1] año a partir de la entrada en vigencia de este decreto; c) el DNU 297/2020, que estableció la medida de “aislamiento social, preventivo y obligatorio” para todas las personas que habitan en el país o se encuentren en él en forma temporaria, desde el 20 de marzo (2); d) los DNU 325/2020 y 355/2020 que prorrogaron el aislamiento hasta el 26 de abril; y e) el DNU 408/2020, de esta última fecha, que estableció la prórroga hasta el 10 de mayo inclusive (3) y luego su ampliación al 24 de mayo por DNU 459/2020.

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

En el marco de esta disciplina cabe advertir que las circunstancias y situación de emergencia aludidas se conjugan con ciertos te-

mas —como los nuevos desafíos que presenta el futuro del trabajo— que en los últimos años estaban siendo objeto de examen con miras hacia reformas, no solo en nuestro país, para adaptar las leyes laborales a ciertas realidades que ya exhibe el trabajo del presente y que se aprecian como irreversibles e influidas por múltiples factores que caracterizan a las sociedades actuales (4).

Admitida esa conjugación de factores, la situación actual por efecto de la pandemia parece dejar a la vista un nuevo escenario donde es posible observar el impacto que ciertas medidas probablemente produzcan hacia futuro en el derecho del trabajo (5).

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

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

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

A propósito de ello cabe traer a colación la distinción que planteamos desde hace algunos años en el ámbito académico, con finalidad pedagógica, entre las normas constitucionales como “estructurales” (cimientos, columnas y vigas) y las normas infraconstitucionales como “diseño” posterior tendiente a finalizar una

“obra” para habitar (hablando de arquitectura: se trata de las terminaciones y detalles funcionales). Con base en eso hemos reflexionado insistentemente en que cuando se plantean posibles “reformas laborales” por vía legal, es necesario tomar en cuenta cuál es la conformación estructural del derecho del trabajo argentino, para evitar así poner en riesgo las columnas y vigas que sostienen el imaginario “edificio”.

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

Pueden apreciarse dos columnas importantes, a partir del cimiento protector, en la “dignidad” y la “equidad” establecidas como adjetivos de las condiciones de labor que han de asegurarse. Esta idea del carácter medular de la dignidad y equidad va en línea con la extensión que la Corte Suprema de Justicia de la Nación atribuyó a dicho mandato constitucional del art. 14 bis en el emblemático caso “Vizzoti”, resuelto en 2004, al señalar que se proyecta sobre todos los restantes contenidos de la norma (6).

La “estructura” jurídica laboral restante queda conformada en nuestro país por mandatos que, como se sabe, protegen la duración del trabajo (jornada limitada y descansos y vacaciones pagados), su retribución (justa, igual, mínima, vital y móvil y con participación en las ganancias de las empresas), la estabilidad (del empleado público y protección contra el despido arbitrario y en general) y la libertad sindical (como derecho a una organización sindical, sumado a derechos gremiales y a la protección de los representantes sindicales) (7), los que fueron complementados en 1994 (8).

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

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

### III. La emergencia como “sismo”

Si hablamos del derecho constitucional como estructura, según lo anticipamos, podríamos decir que la emergencia que vivimos actúa como un “sismo”, que es de intensidad indeterminada aún. En ese orden de ideas las constituciones pueden exhibirse mejor o peor preparadas para afrontar movimientos externos (sísmicos) sin resultar dañadas. El resguardo de los derechos humanos, individuales y sociales, nos muestra y mostrará en qué medida nuestra Constitución está preparada para enfrentar el sismo que estamos atravesando o —quizás avanzando un poco más— cuáles son en nuestra estructura jurídica las partes que reconocemos más o menos fuertes (9).

La declaración de la emergencia por las autoridades nacionales de nuestro país parece, a esta altura de las circunstancias, objetivamente respaldada por los hechos de los que todas y

### { NOTAS }

#### Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

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

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

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

(2) Dicho aislamiento implicó que las personas “deberán permanecer en sus residencias habituales o en la residencia en que se encuentren a las 00:00 horas del día 20 de marzo de 2020, momento de inicio de la medida dispuesta; y que deberán “abstenerse de concurrir a sus lugares de trabajo y no podrán desplazarse por rutas, vías y espacios públicos”. Además, se estableció que durante la vigencia del “aislamiento” no podrán realizarse eventos culturales, recreativos, deportivos, religiosos, ni de ninguna otra índole que impliquen la concurrencia de personas; y se suspendió la apertura de locales, centros comercia-

les, establecimientos mayoristas y minoristas, y cualquier otro lugar que requiera la presencia de personas. Paralelamente se exceptuaron del cumplimiento del aislamiento y de la prohibición de circular las personas afectadas a las actividades y servicios declarados esenciales en la emergencia, detallados expresamente, y se dispuso que sus desplazamientos deberían limitarse al estricto cumplimiento de esas actividades y servicios.

(3) Mediante este último decreto, además de establecerse la prórroga, se otorgaron facultades a los gobernadores y gobernadoras de provincias para decidir excepciones al cumplimiento del “aislamiento social, preventivo y obligatorio” y a la prohibición de circular, respecto del personal afectado a determinadas actividades y servicios, en departamentos o partidos de sus jurisdicciones, previa aprobación de la autoridad sanitaria local y siempre que se dé cumplimiento, en cada departamento o partido comprendido en la medida, a ciertos requisitos exigidos por determinados parámetros epidemiológicos y sanitarios que fueron enumerados en 5 puntos. Sobre ello volvemos más adelante.

(4) Cfr. FERA, Mario S., “La OIT pone el foco en el futuro del trabajo. ¿Es oportunidad de pensar en ello y enca-

minar políticas de mediano y largo plazo que nos posicionen en el escenario internacional?”, DT 2018 (julio), 1568; AR/DOC/1292/2018; y FERA, Mario S., “A propósito de figuras que vuelven a poner en el centro del debate el objeto del derecho del trabajo”, TySS 2018/12, p. 1219.

(5) La Organización Internacional del Trabajo emitió el 18 de marzo pasado un comunicado (titulado: “El COVID-19 y el mundo del trabajo: Repercusiones y respuestas”) en el que enunció —a modo de evaluación preliminar— tres aspectos como repercusiones adversas del COVID-19 en el mundo del trabajo: 1) la cantidad de empleo (tanto en materia de desempleo como de subempleo); 2) la calidad del trabajo (con respecto a los salarios y el acceso a protección social); y 3) los efectos en los grupos específicos más vulnerables frente a las consecuencias adversas en el mercado laboral. Junto a esa evaluación preliminar propuso un conjunto de medidas a nivel político para mitigar esas repercusiones y facilitar una recuperación sólida y eficaz. Como es obvio, por la permanente evolución de la situación mundial desde esa fecha, el propio organismo se comprometió a actualizar la evaluación efectuada a partir de los nuevos datos que se fueran presentando, lo cual no empaña el significativo valor de los conceptos

allí vertidos que, por sus características, conservan plena actualidad para enfocar desde los valores que impulsan al organismo el impacto que en lo sustancial puede producirse en el mundo del trabajo y direccionar las políticas legislativas y las acciones de los Estados. Por ello recomendamos la lectura completa del comunicado, que puede consultarse en: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-/dgreports/-/dcomm/documents/briefingnote/wcms\\_739158.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-/dgreports/-/dcomm/documents/briefingnote/wcms_739158.pdf).

(6) “... que, sin perder su identidad y autonomía, también son susceptibles de integrar el concepto de condiciones de labor” (CS, Fallos: 327:3677; consid. 9º, 2º párr.).

(7) Art. 14 bis, CN.

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

(9) No en vano la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha emitido una declaración (1/2020; del 9 de abril pasado) titulada: “COVID-19 y derechos humanos: los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales”. En ella se señalan, entre otras cuestiones y en lo que es de nuestro especial interés, que “Todas aquellas medidas que los Estados adopten para hacer frente a esta pandemia y puedan afectar o restringir el

todos somos testigos y que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha asumido en sucesivos pronunciamientos, acompañando el aislamiento dispuesto como medida para conjurar el riesgo sanitario de la población (10).

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

Pasado el sismo que desafió a la estructura, llegará la hora de reconstruir. Esta idea nos hace pensar en la importancia de reconocer y reafirmar los cimientos, por un lado; y, por otro, de discernir equilibradamente los retos que van a ser necesarios o convenientes en este edificio.

#### IV. Algunos institutos laborales abordados por las normas de emergencia

La inevitable diferenciación de sectores que quedó plasmada en el DNU 297/2020, al disponer el “aislamiento social, preventivo y obligatorio” para la población, implicó, en el desenvolvimiento cotidiano de la actividad social y económica, una división entre dos universos de personas: las comprendidas en el aislamiento (por efecto del aislamiento dispuesto con carácter general para toda la población

en el art. 1º; y/o por efecto de la prohibición de eventos o la suspensión de aperturas de locales, centros comerciales, establecimientos, etc., dispuestas con carácter particular según el art. 5º), por un lado, y las personas que resultaron exceptuadas (con un criterio estricto definido por la autoridad, basándose en la conceptualización de actividades y servicios “esenciales”), por el otro.

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

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

Paralelamente se exceptuaron del cumplimiento del aislamiento y de la prohibición de circular las personas afectadas a las actividades y servicios declarados “esenciales” en la emergencia, que fueron detallados expresamente; y se dispuso que sus desplazamientos deberían limitarse al estricto cumplimiento de esas actividades y servicios.

En el DNU 297/2020, las personas afectadas a actividades o servicios esenciales se enumeraron así: 1. Personal de salud, fuerzas de seguridad, Fuerzas Armadas, actividad migratoria, servicio meteorológico nacional, bomberos y control de tráfico aéreo; 2. Autoridades superiores de los gobiernos nacional, provinciales, municipales y de la Ciudad

Autónoma de Buenos Aires. Trabajadores y trabajadoras del sector público nacional, provincial, municipal y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, convocados para garantizar actividades esenciales requeridas por las respectivas autoridades; 3. Personal de los servicios de justicia de turno, conforme establezcan las autoridades competentes; 4. Personal diplomático y consular extranjero acreditado ante el gobierno argentino, en el marco de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y la Convención de Viena de 1963 sobre Relaciones Consulares, y el personal de los organismos internacionales acreditados ante el gobierno argentino, de la Cruz Roja y Cascos Blancos; 5. Personas que deban asistir a otras con discapacidad; familiares que necesiten asistencia; a personas mayores; a niños, a niñas y a adolescentes; 6. Personas que deban atender una situación de fuerza mayor; 7. Personas afectadas a la realización de servicios funerarios, entierros y cremaciones, sin autorizarse actividades que —en tal marco— significaran reunión de personas; 8. Personas afectadas a la atención de comedores escolares, comunitarios y merenderos; 9. Personal que se desempeña en los servicios de comunicación audiovisuales, radiales y gráficos; 10. Personal afectado a obra pública; 11. Supermercados mayoristas y minoristas, y comercios minoristas de proximidad. Farmacias. Ferreterías. Veterinarias. Provisión de garrafas; 12. Industrias de alimentación, su cadena productiva e insumos; de higiene personal y limpieza; de equipamiento médico, medicamentos, vacunas y otros insumos sanitarios (por art. 3º de la decisión administrativa 429/2020, BO 20/03/2020, se aclaró que la referencia a las industrias de alimentación se entenderá como a las que integran la cadena de valor e insumos de los sectores productivos de alimentación y bebidas, higiene personal y limpieza, equipamiento médico, medicamentos, vacunas y otros insumos sanitarios; ello a partir del día de su publicación en el Boletín Oficial); 13. Actividades vinculadas con la producción, distribución y comercialización agropecuaria y de pesca; 14. Actividades de telecomunicaciones, internet fija y móvil y servicios digitales; 15. Actividades imposterables vinculadas con el comercio exterior; 16.

Recolección, transporte y tratamiento de residuos sólidos urbanos, peligrosos y patógenos; 17. Mantenimiento de los servicios básicos (agua, electricidad, gas, comunicaciones, etc.) y atención de emergencias; 18. Transporte público de pasajeros, transporte de mercaderías, petróleo, combustibles y GLP; 19. Reparto a domicilio de alimentos, medicamentos, productos de higiene, de limpieza y otros insumos de necesidad; 20. Servicios de lavandería; 21. Servicios postales y de distribución de paquetería; 22. Servicios esenciales de vigilancia, limpieza y guardia; 23. Guardias mínimas que aseguren la operación y mantenimiento de yacimientos de petróleo y gas, plantas de tratamiento y/o refinación de petróleo y gas, transporte y distribución de energía eléctrica, combustibles líquidos, petróleo y gas, estaciones expendedoras de combustibles y generadores de energía eléctrica; 24. S.E. Casa de Moneda, servicios de cajeros automáticos, transporte de caudales y todas aquellas actividades que el Banco Central de la República Argentina disponga imprescindibles para garantizar el funcionamiento del sistema de pagos.

Se facultó tras esa enumeración al Jefe de Gabinete de Ministros, en su carácter de coordinador de la “Unidad de Coordinación General del Plan Integral para la Prevención de Eventos de Salud Pública de Importancia Internacional” y con recomendación de la autoridad sanitaria, a ampliar o reducir las excepciones dispuestas, en función de la dinámica de la situación epidemiológica y de la eficacia que se observe en el cumplimiento de la medida. Y en ejercicio de esa facultad delegada, el Jefe de Gabinete de Ministros dictó sucesivas decisiones administrativas por las que dispuso ampliaciones (11).

El contenido específico de las decisiones muestra el dinamismo de la actividad del Gobierno, orientada a ir autorizando actividades y servicios que permitan un adecuado cumplimiento de funciones que equilibren los cuidados requeridos por la emergencia con el necesario desenvolvimiento social y económico, todo ello de acuerdo con los criterios de oportunidad, mérito y conveniencia que discricionalmente se van sosteniendo (12).

#### { NOTAS }

goce y ejercicio de derechos humanos deben ser limitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales, y acordes con los demás requisitos desarrollados en el derecho interamericano de los derechos humanos”; los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales deben ser garantizados sin discriminación a toda persona bajo la jurisdicción del Estado y, en especial, a aquellos grupos que son afectados de forma desproporcionada, porque se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad, como son las personas mayores, las niñas y los niños, las personas con discapacidad, las personas migrantes, los refugiados, los apátridas, las personas privadas de la libertad, las personas LGTBI, las mujeres embarazadas o en período de post parto, las comunidades indígenas, las personas afrodescendientes, las personas que viven del trabajo informal, la población de barrios o zonas de habitación precaria, las personas en situación de calle, las personas en situación de pobreza, y el personal de los servicios de salud que atienden esta emergencia”; “las trabajadoras y trabajadores de la salud deberán ser proveídos de los insumos, equipos, materiales e instrumentos que protejan su integridad, vida y salud, y que les permita desempeñar su labor en términos razonables de seguridad y calidad”; “Se debe velar porque se preserven las fuentes de trabajo y se respeten los derechos laborales de todos los trabajadores y trabajadoras. Asimismo, se deben adoptar e impulsar medidas para mitigar el posible impacto sobre las fuentes de trabajo e ingresos de todos los trabajadores y trabajadoras y asegurar el ingreso necesario para la subsistencia en condiciones de dignidad humana. En razón de las medidas de aislamiento social y el impacto que esto genera en las economías personales y familiares, se deben procurar mecanismos para atender la provisión básica de alimentos y medicamentos y otras necesidades elementales a quienes no puedan ejercer sus actividades normales, como también a la población en situación de calle”; y “Es indispensable que se garantice el acceso a la justicia y a los meca-

nismos de denuncia, así como se proteja particularmente la actividad de las y los periodistas, y las defensoras y defensores de derechos humanos, a fin de monitorear todas aquellas medidas que se adopten y que conlleven afectación o restricción de derechos humanos, con el objeto de ir evaluando su conformidad con los instrumentos y estándares interamericanos, así como sus consecuencias en las personas”. El texto completo de la declaración puede consultarse en: [http://www.corteidh.or.cr/tablas/alerta/comunicado/declaracion\\_1\\_20\\_ESP.pdf](http://www.corteidh.or.cr/tablas/alerta/comunicado/declaracion_1_20_ESP.pdf).

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

(11) Comenzó por la decisión administrativa 429/2020, del 20 de marzo, por la que resolvió incorporar al listado de actividades y servicios declarados esenciales en la emergencia, exceptuadas del cumplimiento del “aislamiento social, preventivo y obligatorio” y de la prohibición de circular, a las personas afectadas a las actividades y servicios que se detallan a continuación: 1. Industrias que realicen procesos continuos cuya interrupción implique daños estructurales en las líneas de producción y/o maquinarias podrán solicitar autorización a la Secretaría de Industria, Economía del Conocimiento y Gestión Comercial Externa, para no discontinuar su producción, reduciendo al mínimo su actividad y dotación de personal; 2. Producción y distribución de biocombustibles; 3. Operación de centrales nucleares; 4. Hoteles afectados al

servicio de emergencia sanitaria (los que también deberán garantizar las prestaciones a las personas que allí se hallaren alojadas a la fecha del dictado del dec.297/2020); 5. Dotación de personal mínima necesaria para la operación de la Fábrica Argentina de Aviones Brig. San Martín S.A.; 6. Las autoridades de la Comisión Nacional de Valores podrán autorizar la actividad de una dotación mínima de personal y de la de sus regulados, en caso de resultar necesario; 7. Operación de aeropuertos. Operaciones de garages y estacionamientos, con dotaciones mínimas; 8. Sostentamiento de actividades vinculadas a la protección ambiental minera; 9. Curtiembres, con dotación mínima, para la recepción de cuero proveniente de la actividad frigorífica; 10. Los restaurantes, locales de comidas preparadas y locales de comidas rápidas, podrán vender sus productos a través de servicios de reparto domiciliario, con sujeción al protocolo específico establecido por la autoridad sanitaria. Señaló tras ello que en ningún caso las personas afectadas a dichas actividades y servicios podrán brindar servicios con atención al público en forma personal; y —reiterando el criterio del DNU que delegó las funciones en la Jefatura de Gabinete— que los desplazamientos de las personas alcanzadas por el presente artículo deberán limitarse al estricto cumplimiento de las actividades y servicios considerados esenciales. Tal decisión administrativa fue seguida por otras dictadas el 2 de abril (dec. adm. 450), el 6 de abril (dec. adm. 467) y el 11 de abril (dec. adm. 490), en las que se reiteró que los desplazamientos de las personas alcanzadas por las ampliaciones deberán limitarse al estricto cumplimiento de las actividades y servicios exceptuados; y que en todos los casos los empleadores y las empleadoras deberán garantizar las condiciones de higiene y seguridad establecidas por el Ministerio de Salud para preservar la salud de las trabajadoras y de los trabajadores. En la dec. adm. 490 se agregó que en todos los casos las personas deberán observar las recomendaciones e instrucciones de la autoridad sanitaria con el fin de evitar el contagio, incorporando protocolos sanitarios, organización por turnos para la prestación

de servicios, adecuación de los modos de trabajo y de traslado a tal efecto.

(12) El 2 de abril, por dec. adm. 450 el Jefe de Gabinete amplió el listado según el siguiente detalle: 1. Venta de insumos y materiales de la construcción provistos por corralones; 2. Actividades vinculadas con la producción, distribución y comercialización forestal y minera; 3. Curtiembres, aserraderos y fábricas de productos de madera, fábricas de colchones y fábricas de maquinaria vial y agrícola; 4. Actividades vinculadas con el comercio exterior: exportaciones de productos ya elaborados e importaciones esenciales para el funcionamiento de la economía; 5. Exploración, prospección, producción, transformación y comercialización de combustible nuclear; 6. Servicios esenciales de mantenimiento y fumigación; 7. Mutuales y cooperativas de crédito, mediante guardias mínimas de atención, al solo efecto de garantizar el funcionamiento del sistema de créditos y/o de pagos; 8. Inscripción, identificación y documentación de personas. Además, aclaró que las disposiciones del inc. 14 del art. 6º del dec. 297/2020 incluyen las actividades de mantenimiento de servidores y que las disposiciones del art. 6º inc. 7º de la citada norma incluyen a las personas afectadas a las actividades destinadas a la provisión de insumos necesarios para la realización de servicios funerarios, entierros y cremaciones. El 6 de abril, por dec. adm. 467 se amplió el listado incorporándose a la actividad notarial, cuando se encuentre limitada exclusivamente a posibilitar el cumplimiento de las actividades y servicios de que da cuenta la precitada normativa u otra que pudiera en el futuro ampliar el listado de actividades y servicios esenciales, debiéndose otorgar los actos notariales del caso solo con la intervención de las personas indispensables para ello, evitando todo tipo de reuniones. Y el mismo día, por dec. adm. 468 el Jefe de Gabinete volvió a ampliar el listado incorporando a la obra privada de infraestructura energética. El 11 de abril, por dec. adm. 490 se amplió el listado el listado conforme el siguiente detalle: 1. Circulación de las personas con discapacidad y aquellas comprendi-

La inevitable tendencia fue la de inclinar la balanza entre los dos universos que señalamos anteriormente: con las decisiones administrativas del Jefe de Gabinete de Ministros fue decreciendo paulatinamente el universo de personas aisladas y creciendo el de personas autorizadas para realizar sus actividades o servicios en forma presencial. Ello trajo aparejado, como de hecho se dio mediante resoluciones relativas a la seguridad y salud de las personas trabajadoras comprendidas en los listados de excepción, el despliegue de normas que atendieran los posibles efectos del COVID-19 como enfermedad profesional (13).

Se señaló además en el DNU 297/2020 —que dispuso el primer listado de excepciones— que, en todos estos casos, los empleadores y empleadoras deberán garantizar las condiciones de higiene y seguridad establecidas por el Ministerio de Salud para preservar la salud de las trabajadoras y de los trabajadores (14).

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

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

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

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

Por otra parte, por res. 279 (MTEySS), del 30 de marzo, art. 5º, se dispuso que la

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

#### IV.2. Normas sobre jornada y teletrabajo

Según la res. 279 (MTEySS), del 30 de marzo de 2020, art. 1º, los trabajadores y trabajadoras alcanzados por el “aislamiento social preventivo y obligatorio” quedan dispensados del deber de asistencia al lugar de trabajo; y cuando sus tareas u otras análogas puedan ser realizadas desde el lugar de aislamiento “deberán en el marco de la buena fe contractual establecer con su empleador las condiciones en que dicha labor será realizada”.

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

Mediante el art. 4º la resolución autorizó la “reorganización de la jornada de trabajo a efectos de garantizar la continuidad de la producción de las actividades declaradas esenciales en condiciones adecuadas de salubridad en consonancia con los protocolos establecidos por la autoridad sanitaria”, al considerarla “un ejercicio razonable de las facultades del empleador”.

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

A propósito del mencionado art. 4º parece obvio señalar, en un punto crucial para destacar la importancia de las normas estructurales, que el límite de la jornada está cualitativamente definido en nuestro país y que su proyección cuantitativa, además de las precisiones supralegales y legales incorpora-

das en nuestro ordenamiento para tiempos de normalidad, se respalda en las condiciones dignas y equitativas de labor previstas como primer enunciado a asegurar en los términos del art. 14 bis de la CN.

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

#### IV.3. Normas sobre salario

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

Y por res. 279 (MTEySS) 279, del 30 de marzo de 2020, se estableció, por un lado (art. 1º), que los trabajadores y trabajadoras alcanzados por el “aislamiento social preventivo y obligatorio” quedarán dispensados del deber de asistencia al lugar de trabajo y, por otro lado (art. 6º), que la abstención de concurrir al lugar de trabajo —que implica la prohibición de hacerlo salvo en los casos de excepción previstos— no constituye un día de descanso, vacacional o festivo, sino una decisión de salud pública en la emergencia; de tal modo que no podrán aplicarse sobre las remuneraciones o ingresos correspondientes a los días comprendidos en esta prohibición suplementos o adicionales previstos legal o convencionalmente para “asuetos”, excepto en aquellos casos en que dicha prohibición coincida con un día festivo o feriado previsto legal o contractualmente.

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

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

En primer lugar cabe señalar que el aislamiento social preventivo constituye en sí una

norma de protección de la salud para toda la población y, dentro de ella, para las personas trabajadoras.

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

En tercer lugar, cabe referirse al DNU 367/2020, del 13 de abril, mediante el cual —en su art. 1º— se consideró presuntivamente a la enfermedad COVID-19 producida por el coronavirus SARS-CoV-2, como una enfermedad de carácter profesional —no listada— en los términos del apartado 2 inc. b) del art. 6º de la ley 24.557, respecto de las trabajadoras y los trabajadores dependientes excluidos mediante dispensa legal, y con el fin de realizar actividades declaradas esenciales, del cumplimiento del aislamiento social, preventivo y obligatorio ordenado por el DNU 297/2020 y sus normas complementarias, y mientras se encuentre vigente la medida de aislamiento dispuesta por esas normativas, o sus eventuales prórrogas. Se exceptuó el supuesto previsto en el art. 4º del mismo decreto.

Por el art. 2º, DNU 367/2020, mencionado se estableció que las ART no podrán rechazar la cobertura de las contingencias previstas anteriormente y deberán adoptar los recaudos necesarios para que, al tomar conocimiento de la denuncia del infortunio laboral acompañada del correspondiente diagnóstico confirmado emitido por entidad debidamente autorizada, la trabajadora o el trabajador damnificado reciba, en forma inmediata, las prestaciones previstas en la ley 24.557 y sus normas modificatorias y complementarias.

Mediante el art. 3º del mismo DNU se dispuso que la determinación definitiva del carácter profesional de la mencionada patología quedará, en cada caso, a cargo de la Comisión Médica Central, la que entenderá originariamente a efectos de confirmar la presunción atribuida y procederá a establecer, con arreglo a los requisitos formales de tramitación y a las reglas de procedimiento especiales que se dicten por vía reglamentaria, la relación de causalidad directa e inmediata de la enfermedad denunciada con el trabajo efectuado en el referido contexto de dispensa del deber de aislamiento social, preventivo y obligatorio (15).

#### V. Emergencia y empleadores

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

#### { NOTAS }

das en el colectivo de trastorno del espectro autista, para realizar breves salidas en la cercanía de su residencia, junto con un familiar o conviviente; 2. Prestaciones profesionales a domicilio destinadas a personas con discapacidad y aquellas comprendidas en el colectivo de trastorno del espectro autista; 3. Actividad bancaria con atención al público, exclusivamente con sistema de turnos; 4. Talleres para mantenimiento y reparación de automotores, motocicletas y bicicletas, exclusivamente para transporte público, vehículos de las fuerzas de seguridad y fuerzas armadas, vehículos afectados a las prestaciones de salud o al personal con autorización para circular, conforme la normativa vigente; 5. Venta de repuestos, partes y piezas para automotores, motocicletas y bicicletas únicamente bajo la modalidad de entrega puerta a puerta (aclarando que en ningún caso podrán realizar atención al público); 6. Fabricación de neumáticos; venta y reparación de los mismos exclusivamente para transporte público, vehículos de las fuerzas de seguridad y fuerzas armadas, vehículos afectados a las prestaciones de salud o al personal con au-

torización para circular, conforme la normativa vigente; 7. Venta de artículos de librería e insumos informáticos, exclusivamente bajo la modalidad de entrega a domicilio (aclarando que en ningún caso se podrá realizar atención al público).

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

(14) Antes señalamos que mediante el DNU 408/2020, del 26 de abril, además de establecerse la prórroga de la vigencia del aislamiento dispuesto por DNU 297/2020, se otorgaron facultades a los gobernadores y gobernadoras de provincias para decidir excepciones al cumplimiento del “aislamiento social, preventivo y obligatorio” y a la prohibición de circular, respecto del personal afectado a determinadas actividades y servicios, en departamentos o partidos de sus jurisdicciones, previa aprobación de la autoridad sanitaria local y siempre que se dé cumplimiento, en cada departamento o partido comprendido en la medida, a ciertos requisitos exigidos por determinados parámetros epidemiológicos y sanitarios que fueron enu-

merados en 5 puntos. Sin embargo, cabe aquí aclarar, que se excluyó de esas facultades otorgadas a gobernadores la de incluir como excepción al aislamiento social, las siguientes actividades y servicios: 1. Dictado de clases presenciales en todos los niveles y todas las modalidades. 2. Eventos públicos y privados: sociales, culturales, recreativos, deportivos, religiosos y de cualquier otra índole que implique la concurrencia de personas. 3. Centros comerciales, cines, teatros, centros culturales, bibliotecas, museos, restaurantes, bares, gimnasios, clubes y cualquier espacio público o privado que implique la concurrencia de personas. 4. Transporte público de pasajeros interurbano, interjurisdiccional e internacional. 5. Actividades turísticas; apertura de parques, plazas o similares. Además, se estableció que los trabajadores y las trabajadoras mayores de 60 años de edad, embarazadas o personas incluidas en los grupos en riesgo, según fueran definidos por el Ministerio de Salud de la Nación (<https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primer/227068/20200320>), y aquellas cuya presencia en el hogar resulte indispensable

para el cuidado del niño, niña o adolescente, están dispensados del deber de asistencia al lugar de trabajo en los términos de la res. 207 del 16 de marzo de 2020, prorrogada por la res. del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social 296, del 2 de abril de 2020.

(15) Agregó que la Comisión Médica Central podrá invertir la carga de la prueba de la relación de causalidad a favor del trabajador cuando se constate la existencia de un número relevante de infectados por la enfermedad COVID-19 en actividades realizadas en el referido contexto, y en un establecimiento determinado en el que 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. El DNU se completa con la res. 38/2020 (MTEySS) dictada el 28 de abril, que estableció interesantes normas de procedimiento para hacer valer los derechos de los damnificados y damnificadas.

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

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

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

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

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

## VI. Emergencia e informalidad laboral

Otra reflexión merece la situación de las personas trabajadoras que sufren en la actualidad una doble afectación: el aislamiento

obligatorio y la situación de informalidad laboral en la que se encontraban al momento de disponerse dicho aislamiento.

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

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

Sin embargo, cabe subrayar la situación de protección que les alcanza por el vigor mismo de las normas constitucionales y legales para reclamar el efectivo cumplimiento de todos sus derechos, bajo apercibimiento de iniciar las acciones judiciales que correspondan. En las presentes circunstancias dichas acciones incluyen la reincorporación y el devengamiento de los salarios presentes y futuros por operatividad de la prohibición de despidos dispuesta por el DNU 329/2020, la cual, como es obvio, no se circunscribe a las relaciones registradas.

## VII. Ideas finales

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

Nos concientiza sobre la necesidad de adaptación a nuevas circunstancias emergentes (hoy denominadas COVID-19; mañana podría

cambiar su denominación); pero ello no debe nublar la vista de un modo tal que nos impida distinguir e identificar los derechos estructurales; se trata de derechos humanos indisolublemente unidos a la protección de la persona trabajadora, que tienen su punto de partida en el aseguramiento de condiciones dignas y equitativas de labor, y se completan con mandatos relativos a la duración limitada del trabajo, su salario, su permanencia en el empleo y su libertad sindical.

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

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

— La emergencia que vivimos actúa como un “sismo”, que es de una intensidad indeterminada aún. El resguardo de los derechos individuales y sociales nos mostrará en qué medida nuestra Constitución está preparada para enfrentar el sismo que estamos atravesando; y cuáles son en nuestra estructura jurídica las partes que reconocemos más o menos fuertes. En relación con ello, las medidas adoptadas por el Poder Ejecutivo Nacional en sus decretos de necesidad y urgencia mues-

tran, hasta ahora, en materia de derechos laborales una especial observación y atención de varias columnas del edificio: la salud y seguridad, la estabilidad, la jornada, el salario y la libertad sindical.

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

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

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

Cita on line: AR/DOC/1503/2020

# *Ius variandi*, rebajas salariales y teletrabajo en la era del COVID-19

Andrea E. García Vior (\*)

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

## I. Introducción de contexto (\*\*)

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

Como se imaginarán, tardé en contestar (unos 21 minutos para ser exactos —lo tengo registrado en el WhatsApp—). Quería decir “Todos”, porque hasta los cimientos mismos de la especialidad se han conmovido en esta crisis: desde el concepto mismo de trabajo protegido (dependiente, parasubordinado o autónomo, ver res. MTEySS 207, 219, 279),

pasando por los derechos fundamentales y los principios (como el de irrenunciabilidad, p. ej.), las técnicas de protección (limitación de la autonomía de la voluntad), el orden público, las modalidades contractuales, la interrelación entre el Derecho del Trabajo y la seguridad social, el rol del Estado, el papel de los actores colectivos, etcétera.

La crisis del coronavirus y las medidas sanitarias, fiscales, económicas y sociales adoptadas a partir de principios de marzo 2020 se instalaron en terreno un devastado:

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

— 30% de los trabajadores precarizados (registraiones parciales, contratos temporarios, etc.);

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

— 10% de desocupados;

— 10% trabajo formal no precario ni temporario.

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

El virus vino a amenazar lo poco que quedaba. Desde una visión médica y humanitaria, el virus enferma y mata personas, y en el ámbito social requiere de medidas que enferman y matan especialmente a los más vulnerables:

desocupados, trabajadores informales y precarios (especialmente jóvenes y mujeres), pequeños comerciantes y microempresarios. No hace falta que me explaye en argumentos para explicar que solo pueden sobrellevar más o menos dignamente el confinamiento (ASPO) quienes pertenecen al grupo de los privilegiados. Las personas que viven “al día” deben optar entre morir de hambre o por la enfermedad: el trabajo y la necesidad de mantener sus ingresos es una cuestión de vida o muerte, por lo que la sociedad no puede desentenderse de ellos, sería casi tan drástico como desentenderse del riesgo biológico que importa el COVID-19 o del peligro de que se produzca el colapso del sistema sanitario.

En el caso, y para no extenderme en demasía, daré por cumplidos la totalidad de los recaudos y los condicionamientos que habilitan la suspensión de ciertos derechos o garantías en función del estado de emergencia, en tanto las medidas adoptadas encuadran en el art. 99, inc. 3º, de la CN, los decretos de necesidad y urgencia se han dictado conforme a la ley 26.122, en prin-

## { NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

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

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

cipio media razonabilidad y proporcionalidad en las medidas propuestas y se trata en todos los casos de regulaciones de vigencia temporal.

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

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

En un mes, con una rapidez y precisión inusitada, el Poder Ejecutivo Nacional (PEN) adoptó una serie importantísima de medidas para enfrentar la crisis. Sin intentar agotarlas en su enunciación, me limitaré a agruparlas según su aparición cronológica y vinculación temática a partir del 11/03/2020, fecha en la cual la Organización Mundial de la Salud declaró la existencia de pandemia por COVID-19.

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

— 20/03/2020 DNU 297/2020: aislamiento social preventivo y obligatorio (ASPO); prórrogas por DNU 329/2020, 355/2020, 408/2020 y 459/2020 (hasta el 24/05/2020); excepciones: art. 6º DNU 297/2020, dec. adm. (JGM) 429/2020, 430/2020, dec. 408/2020 y demás normas complementarias.

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

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

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

Como muchos autores en la emergencia ya han abordado las cuestiones vinculadas con los despidos sin causa o por causas económicas o de fuerza mayor y las referentes a

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

## III. Distintas variantes en las situaciones de empleo

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

## IV. Instituciones afectadas por el virus

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

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

### IV.1. En cuanto al cobro de la remuneración

Pese al esfuerzo que algunos hacen por ver en el dispositivo del art. 223 bis de la LCT algo vinculado a una “suspensión por fuerza mayor”, lo cierto es que en la Argentina —y en el mundo— la gente no concurre a sus lugares de trabajo por disposición de los gobiernos y a raíz de normas de *orden público absoluto*. La imposibilidad de concurrir a trabajar primero se dio respecto de un sector bastante numeroso —docentes, progenitores de niños, niñas o adolescentes en edad escolar, personas que provenían de zonas “afectadas” o particularmente afectadas y sus contactos “estrechos”, trabajadores y trabajadoras de más de 60 años de edad, personas que tuvieran antecedentes de enfermedades coronarias, respiratorias, diabetes, inmunosuprimidos, embarazadas etc.— en función de las resoluciones dictadas por el MTEySS y por el DNU 260/2020 (desde el 6 al 20/03/2020 en la Argentina, teniendo en cuenta la res. 178 MTEySS del 06/03/2020 —anterior al dec. 260/2020—), y luego la totalidad de la población debió someterse al régimen del ASPO, exhortándose a los trabajadores a “abstenerse” de concurrir a sus lugares de trabajo.

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

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

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

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

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

Vemos aquí algo nunca antes visto: pese a lo expresamente dispuesto en el art. 12 de la LCT y al principio de irrenunciabilidad que rige en la materia, los acuerdos individuales de rebajas salariales comenzaron en la práctica a imponerse y hasta a sostenerse su validez desde algunos sectores sociales (algunos muy ilustrados y compenetrados con la temática laboral). Para los afectados era preferible ello a la pérdida del empleo en un marco de paro absoluto. Esta situación que en la realidad se impuso no responde a la correcta interpretación de la autorización conferida por el PEN.

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

Otra cosa nunca antes vista: en forma anticipada el sector sindical aprueba rebajas

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

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

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

### IV.2. En cuanto al tiempo de trabajo

La res. 279/2020 del MTEySS (30/03/2020) puso en evidencia y habilitó algo que estaba sucediendo en los hechos ya desde principios de marzo de 2020 que es la alteración de las jornadas de trabajo. Al respecto, previó en su art. 4º: “La reorganización de la jornada de trabajo a efectos de garantizar la continuidad de la producción de las actividades declaradas esenciales en condiciones adecuadas de salubridad en consonancia con los protocolos establecidos por la autoridad sanitaria, será considerado un ejercicio razonable de las facultades del empleador”.

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

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

Es verdad que la regulación en ciernes se vincula con las personas que prestan servicios en las actividades esenciales (que hoy son muchas, incluidas las de *delivery*, producción y venta de alimentos, recolección de residuos, transporte, etc.). Sin embargo quienes no prestan servicios en esas áreas han sido también durante este lapso objeto de modificaciones unilaterales en cuanto al tiempo a disposición, si no presencial, de modo remoto puesto que, como veremos seguidamente, en la era del Covid la gran estrella resultó ser el trabajo a domicilio, remoto o en régimen de teletrabajo.

Ante el drástico cambio de paradigma operado por el COVID-19, ciertamente las activi-

## { NOTAS }

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

(2) Ver en especial trabajos de ARESE, César - MAZA, Miguel Á., - MACHADO, José D., “El impacto del coronavi-

rus en las relaciones laborales”, dossier digital nro. 3, RDL, Rubinzal-Culzoni, Actualidad del 28/04/2020 y *Revista Argentina de Derecho Social* nro. 3, Corriente de Abogados Laboralistas, 7 de julio, entre otras publicaciones, charlas, conferencias y documentos digitales publicados en las redes.

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

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

Más allá de haberse de algún modo suspendido la invocación del art. 66 de la LCT en relación con la modificación de la jornada de trabajo, lo cierto es que tanto la LCT como la ley 11.544 prevén la posibilidad de exigir la realización de tareas en horas extraordinarias ante peligro grave o inminente, o en caso de guerra o por razones de seguridad pública. El art. 7º de la ley 11.544 establece que “Las prescripciones de esta ley, pueden ser suspendidas total o parcialmente por decreto del Poder Ejecutivo nacional en caso de guerra o circunstancias que impliquen un peligro inminente para la seguridad pública”, por lo que en función de la temporalidad de la habilitación especial otorgada al empleador para modificar o reorganizar las jornadas de trabajo, no cabría, por el momento y de no naturalizarse la situación, formular mayores reparos al respecto, sin perjuicio del derecho del trabajador al cobro de las horas extraordinarias en caso de realizarlas, puesto que la posibilidad de modificar el régimen de jornada no implica la eximición de responsabilidad por el pago de las horas trabajadas en exceso de la jornada máxima legal o convencional.

## V. Trabajo a domicilio y teletrabajo

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

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

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

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

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

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

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

y trabajadores alcanzados por el ‘aislamiento social preventivo y obligatorio’ quedarán dispensados del deber de asistencia al lugar de trabajo. Cuando sus tareas u otras análogas puedan ser realizadas desde el lugar de aislamiento deberán en el marco de la buena fe contractual, convenir con el empleador las condiciones en que dicha labor será realizada. Quienes efectivamente acuerden este modo de realización de sus tareas, percibirán su remuneración habitual en tanto que, en aquellos casos que esto no sea posible, las sumas percibidas tendrán carac-

ter no remuneratorio excepto respecto de los aportes y contribuciones al sistema nacional del seguro de salud y al Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados. La Administración Federal de Ingresos Públicos dispondrá las medidas necesarias a fin de verificar la correcta aplicación de esta disposición”.

(5) [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-ed\\_norm/--relconf/documents/meetingdocument/wcms\\_738283.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-ed_norm/--relconf/documents/meetingdocument/wcms_738283.pdf).

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

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

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

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

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

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

estudio general “Promover el empleo y el trabajo decente en un panorama cambiante” (5).

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

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

— Asunción de costos/riesgos por parte del trabajador (insumo de servicios);

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

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

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

— Invasión de la esfera íntima, privada o familiar;

— Tendencia a extender las jornadas de trabajo más allá de lo que requiere el objetivo;

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

— Dificultad para definir objetivos (unidad de obra);

— Obstaculización de la acción colectiva o sindical.

Entre las ventajas:

— Ahorro de tiempo y costos de traslado;

— Mayor autonomía y flexibilidad;

— Conciliación de la vida laboral con la personal y familiar;

— Reducción de las estructuras empresarias y disminución de costos fijos;

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

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

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

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

## { NOTAS }

(3) Res. MTEySS 202/2020 (14/03), art. 4º: “Los trabajadores y las trabajadoras alcanzados por la dispensa del deber de asistencia al lugar de trabajo que no posean confirmación médica de haber contraído el COVID-19, ni la sintomatología descrita en el inc. a) del art. 7º del DNU N° 260, cuyas tareas habituales u otras análogas puedan ser realizadas desde el lugar de aislamiento, deberán en el marco de la buena fe contractual, establecer con su empleador las condiciones en que dicha labor será realizada”.

(4) Res. MTEYSS 219/2020, art. 1º: “Los trabajadores

ter no remuneratorio excepto respecto de los aportes y contribuciones al sistema nacional del seguro de salud y al Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados. La Administración Federal de Ingresos Públicos dispondrá las medidas necesarias a fin de verificar la correcta aplicación de esta disposición”.

(5) [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-ed\\_norm/--relconf/documents/meetingdocument/wcms\\_738283.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-ed_norm/--relconf/documents/meetingdocument/wcms_738283.pdf).

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

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

— Es necesario un previo acuerdo de partes en cuanto:

1) la provisión de los elementos esenciales; 2) la responsabilidad por la puesta en marcha del sistema según los requerimientos que el tipo de trabajo y la organización empresarial impongan (medios instrumentales); 3) la determinación de las tareas (establecer objetivos precisos y, si es posible, describirlos y mensurarlos en detalle); 4) la periodicidad en la comunicación entre iguales y superiores y sus vías; 5) fijar de común acuerdo horarios de desconexión obligada (ni aún a modo de adelantos o avisos deben admitirse comunicaciones durante el período de desconexión pactada); 6) generar una rutina de trabajo que permita conciliar con la vida personal y familiar para evitar la desorganización sobre la base de las necesidades y las circunstancias particulares del prestador del servicio; 7) garantizar el derecho de reversión (total y/o parcial) en todos los casos; 8) modificar los estilos de gestión y de ejercer el liderazgo; 9) pautar el modo de efectuar el análisis socioambiental y de resguardos de seguridad en el puesto de trabajo; 10) acordar normas precisas de higiene y seguridad en el trabajo permitiendo al menos el análisis ergonómico preliminar del puesto de trabajo “improvisado” de cuyo resultado ha de depender su redefinición negociada y cuyos costos en principio deberían estar a cargo del empleador; 11) definir en forma previa el sistema remuneratorio si éste se ha modulado con base en objetivos de producción; 10) establecer la plena vigencia de los derechos básicos de todo contrato de trabajo, en especial los que deriven de eventuales contingencias de vida o de salud —enfermedades inculpables, período gestacional y puerperio, licencias por fallecimiento, días de examen, etc.—; 11) de establecerse sistemas de control de horarios o métodos remunerativos asociados a la cantidad de horas de trabajo, los sistemas de registro deberían ser previamente notificados al teletrabajador.

A la angustia y la incertidumbre del momento, se añade el temor a lo nuevo. Las dificultades de obtener los medios, adecuar los espacios y establecer nuevos sistemas de trabajo sobre la base también de otras estructuras genera lógicamente en los operadores un malestar particular y una sobreexigencia que

debe ser considerada por ambos sujetos de la relación si no quieren quedar condenados al fracaso. La única forma de abordar lo nuevo es abandonando lo viejo. Toda pretensión de “normalidad” en tiempo de anomalías es inútil y obstaculizante.

#### VI. A modo de cierre reflexivo

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

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

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

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

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

Sobre tal base allí se sostuvo enfáticamente la importancia de mantener los niveles de em-

pleo y del trabajo decente para promover la paz, prevenir situaciones de crisis provocadas por los conflictos y los desastres, posibilitar la recuperación y potenciar la resiliencia, como así también la necesidad de reconocer que las crisis afectan de manera distinta a las mujeres y a los hombres, y la importancia decisiva de la igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres y las niñas para promover la paz, prevenir las crisis, posibilitar la recuperación y potenciar la resiliencia.

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

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

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

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

b) adaptar los programas de estudio y capacitar al personal docente y los instructores con el fin de promover, entre otras cosas: 1) la coexistencia pacífica y la reconciliación para la consolidación de la paz y la resiliencia, 2) la educación y sensibilización ante el riesgo de desastres, así como la reducción y gestión de este riesgo, para la recuperación, la reconstrucción y la resiliencia, 3) coordinar los servicios de educación, formación y readaptación profesional a nivel nacional, regional y local, incluidas la enseñanza superior, el aprendizaje, la formación profesional y la capacitación empresarial, y permitir que las mujeres y los hombres cuya educación o formación se hayan impedido o interrumpido puedan emprender o reanudar y completar su educación y formación, y 4) ampliar y adaptar los programas de formación y de readaptación profesional con el fin de atender las necesidades de todas las personas cuyo empleo se haya interrumpido,

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

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

Cita online: AR/DOC/1583/2020

# Prohibición de despedir: análisis jurídico del DNU 329/2020

Julio E. Lalanne (\*)

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

## I. Introducción

La prohibición de despedir impuesta por el Decreto de Necesidad y Urgencia 329/2020 (en adelante, “DNU 329/2020”) es la mayor restricción de las facultades empresarias dispuesta en las últimas décadas. El propósito de este artículo es realizar el análisis jurídico del DNU 329/2020. La palabra “análisis”, según el Diccionario

de la Real Academia Española, significa: “Distinción y separación de las partes de algo para conocer su composición”, y, también: “Estudio detallado de algo”. Esto es, exactamente, lo que nos proponemos hacer en este trabajo: estudiar, por separado, los diversos aspectos del DNU 329/2020, con la finalidad de brindar una explicación lo más clara posible de su contenido, alcances y consecuencias jurídicas.

## II. Los fines que persigue el DNU 329/2020

El Código Civil y Comercial de la Nación establece, desde su mismo inicio, ciertos principios generales que gobiernan la aplicación e interpretación de las normas jurídicas. Los arts. 1º y 2º dicen que una de estas reglas generales que deben guiar la correcta comprensión de una norma jurídica consiste en tomar en

cuenta “la finalidad de la norma” (1). Se trata del *principio teleológico* reiteradamente aplicado por nuestra Corte Suprema (2). La regla es por demás plausible si tenemos en cuenta que toda norma jurídica, en definitiva, establece en forma imperativa ciertas medidas o modelos de conducta con la aspiración de que resulten medios aptos para la obtención de determinados *fin*es. Por lo tanto, el primer aspecto de la

## { NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

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

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

debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, [...]”.

(2) La Corte Suprema de Justicia ha dicho sobre esta pauta que “la interpretación de las leyes debe practicarse teniendo en cuenta el contexto general y los fines que las informan (CS, Fallos: 285:322), ya que la labor del intérpre-

te debe ajustarse a un examen atento y profundo de sus términos que consulte la racionalidad del precepto y la voluntad del legislador, extremos que no deben ser obviados por las posibles imperfecciones técnicas de la instrumentación legal, precisamente para evitar la frustración de los objetivos de la norma” (CS, Fallos: 310:1393).

norma bajo análisis que conviene considerar son sus fines. Los fines del DNU 329/2020 están expresamente consignados en sus considerandos y son los siguientes:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### IV. Ámbito de aplicación temporal

Los despidos y suspensiones indicados se prohíben “por el plazo de sesenta [60] días

contados a partir de la fecha de publicación del presente decreto en el Boletín Oficial” (arts. 2º y 3º del DNU 329/2020), es decir, a partir de las 0.00 hs. del viernes 31 de marzo y hasta las 24.00 hs. del viernes 29 de mayo de 2020.

### V. Los contratos alcanzados por la prohibición

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

En primer lugar, claro está, los despidos de empleados cuya relación laboral sea el fruto de un contrato de trabajo por tiempo indeterminado. Esto es evidente y no plantea ningún problema de interpretación.

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

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

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

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

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

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

*Despidos con justa causa legítima*: por supuesto, si fuera el trabajador quien incurriera en un grave incumplimiento de sus obligaciones laborales (conf. art. 242, LCT, ya citado), podría ser pasible de un despido que algunos llaman “disciplinario”, es decir, el despido como sanción frente a una injuria laboral. Hemos adjetivado con la palabra “legítima” esta modalidad de extinción para distinguirla de la utilización de una supuesta justa causa, que luego resulte falsa, inexistente o insuficiente, en el probable juicio posterior.

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

### VII. La invalidez de los despidos o suspensiones prohibidos

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

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

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

*Despido prohibido consentido por el trabajador*: el trabajador, víctima de un despido sin justa causa, o por fuerza mayor, prohibido por el DNU 329/2020, tiene la facultad de consentir la extinción del contrato, en cuyo caso

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

*Despido prohibido impugnado por el trabajador*: la otra alternativa consiste en impugnar judicialmente el despido en virtud de su nulidad. La nulidad debe ser articulada por vía de acción judicial (conf. art. 383, Cód. Civ. y Com.), cuyo objeto debería ser no tan solo la declaración de invalidez del despido prohibido sino también la reinstalación del actor en su puesto de trabajo, con más los salarios caídos durante la tramitación del proceso judicial, ya que su despido es un acto jurídico ineficaz, de conformidad con lo previsto en el DNU 329/2020, en concordancia con lo normado por el art. 382, Cód. Civ. y Com.

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

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

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

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

### { NOTAS }

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

de estas acciones judiciales justifica la habilitación de la feria judicial.

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

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

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

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

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

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

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

La salida que estimula el gobierno podría ser ventajosa para el empresario que sufre las consecuencias económicas de la pandemia: porque, de una parte, evita los despidos y, por ende, genera un ahorro en términos de indemnizaciones actualmente duplicadas (las cuales, en el caso de trabajadores con mucha antigüedad pueden ser cuantiosas); y, de otra, permite

retener personal —muchas veces especializado— contra el pago de una suma de dinero que podría ser aproximadamente un tercio de la que pagaría normalmente —computando sueldos y cargas sociales— y, sobre la base de este esquema, aguardar un tiempo hasta la normalización que, tarde o temprano, llegará.

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

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

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

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

b) el decreto persigue fines legítimos: evitar despidos masivos originados en la pandemia, que ya estaban comenzando a producirse al momento del dictado del DNU 329/2020, y que implican no tan solo la pérdida de puestos de trabajo sino también, por obvia consecuencia, de la remuneración, la cobertura médica y los restantes beneficios laborales que protegen

a numerosas personas que trabajan en relación de dependencia. El otro fin, mencionado expresamente en la exposición de motivos, es preservar la paz social, componente indudable del “bienestar general” del que habla el Preámbulo de la Constitución Nacional. Y es otro fin razonable, pues la pérdida de estos beneficios es susceptible de traer aparejadas situaciones sociales deletéreas, tales como: aumento de la pobreza e indigencia, incremento de la prostitución y de la delincuencia, protestas sociales y, en definitiva, conflictos y caos social;

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

d) la restricción de las garantías constitucionales que amparan a los empleadores es temporal y limitada en el tiempo (60 días). Y esto me parece crucial en este análisis, pues la conclusión podría ser distinta en la hipótesis de una prolongación de las muy severas limitaciones que impone el DNU 329/2020.

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

Cita on line: AR/DOC/1501/2020

#### { NOTAS }

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

(5) CS, “Peralta, Luis y otros c. Estado Nacional”, LA LEY, 1991-C, 158; *id.*, “Verrochi, Ezio Daniel c. Poder

Ejecutivo Nacional - Administración Nacional de Aduanas”, CS, Fallos: 322:1726, 1999; *id.*, “Provincia de San Luis c. Estado Nacional”, CS, Fallos: 326:417; *id.*, “Consumidores Argentinos c. EN - PEN”, CS, Fallos: 333:633, 2010; *id.*

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

(6) CCrim. y Correc., sala integrada, marzo 2020, sent. interloc. 14/143, expte. 19.200/2020, “Kingston Pa-

tricio s/ hábeas corpus” (voto de los Dres. Rodolfo Pociello Argerich y Ricardo Matías Pinto), AR/JUR/3147/2020.

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

Liliana H. Litterio (\*)

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

## I. Introducción

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

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

La situación que acucia tanto a nivel nacional como mundial origina la adopción de una serie de temperamentos, unos cuantos de los cuales en épocas

“normales” seguramente no se hubieran asumido.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Recordamos que el DNU 297/2020 (publicado en el BO del 20/3/2020) instituyó el aislamiento social preventivo y obligatorio desde el 20 hasta el 31 de marzo inclusive del corriente año, el cual fue prorrogado por su similar 325/2020 (publicado en el Supl. del BO del 31/3/2020), con las modificaciones que prevé, hasta el 12 de abril inclusive. El DNU 355/2020 (publicado en el BO del 11/4/2020) prorrogó la vigencia de aquel decreto hasta el 26/04/2020. Téngase en cuenta, asimismo, que el DNU 408/2020 (publicado en el BO del 26/4/2020) prorrogó hasta el 10/05/2020 inclusive la vigencia de su similar 297/2020, prorrogado por los aludidos DNU 325/2020 y 355/2020 y sus normativas complementarias (art. 1º), luego prorrogado al 24 de mayo por DNU 459/2020 (publicado en el BO del 11/5/2020).

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

De las que mayormente afectan la actividad que aquí particularmente nos interesa, en lo que respecta a la situación general de los re-

partidores y a los importantes riesgos que corren en su trabajo callejero, nos hemos ocupado en otros dos lugares a los que remitimos al lector (3).

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

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

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

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

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

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

En ese contexto, escuetamente señalamos que la dec. adm. 524/2020 del jefe de Gabinete de Ministros (publicada en la primera sección del BO del 18/4/2020) formula precisiones res-

pecto de la excepción del cumplimiento del citado aislamiento y de la prohibición de circular.

Dicha excepción, en el ámbito de las provincias de La Pampa, Neuquén, Formosa, Santa Cruz, Corrientes, Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, Salta, San Juan, Córdoba, Jujuy, La Rioja, Chubut, Catamarca, Río Negro, Entre Ríos, Mendoza, Santa Fe, Chaco, Buenos Aires, San Luis y Misiones y el de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, comprende al personal afectado a las actividades y servicios que detalla (art. 1º).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## III. La necesidad de activar protocolos locales

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[documents/publication/wcms\\_618370.pdf](https://www.ilo.org/publication/wcms_618370.pdf) (consultado el 12/12/2019).

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

2020, versión electrónica.

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

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

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

Cada una de las personas habilitadas debe cumplir el protocolo. Entre otras cosas, el establecimiento es responsable de la desinfección del paquete a enviar previo a la entrega al repartidor y de proveerle a este un *kit* de higiene personal consistente en un tapabocas y un rociador con solución de alcohol al 70%.

La carga y descarga del paquete corre por cuenta del establecimiento y del cliente, debiendo el repartidor abstenerse de su manipulación.

Debe procurarse realizar el pedido a domicilio con pago con tarjeta de débito o crédito, para reducir las posibilidades del contagio con el dinero y para el caso de pago en efectivo, el establecimiento, el repartidor y el cliente deben higienizarse las manos de manera in-

mediata luego de la manipulación del dinero. Tanto el establecimiento, como el repartidor y el cliente deben utilizar en todo el proceso del servicio tapabocas y mantener la distancia mínima establecida.

Las indicaciones previstas por el protocolo continúan. En caso de que el cliente verifique el incumplimiento de alguna de las medidas dispuestas en él, debe informar al responsable del establecimiento donde se realizó el pedido.

Recordemos que en el caso de los trabajadores "a pedido" a través de aplicaciones digitales, además de las empresas de *delivery* aparecen en escena los comercios. Estos son, precisamente, los que proporcionan la mercadería a los repartidores y deben hacerlo cumpliendo las condiciones de salubridad impuestas. Entendemos que los elementos de higiene personal de los repartidores deben ser brindados por las empresas.

Asumimos que los protocolos que se adoptan a nivel local en estas circunstancias revisan carácter transitorio pues responden a un hecho puntual: el actual coronavirus.

#### IV. Reflexión

Obviamente, lo expuesto en el presente artículo es la expresión de la normativa y las circunstancias de hecho del momento en el cual se escribe. Sabido es que todo cambia permanentemente al compás del virus.

Ahora bien, el estatuto especial regulatorio de la actividad de entrega "a pedido" de productos a domicilio a través de aplicaciones digitales, que aquí nos convoca, todavía está ausente.

Nos parece que en estas circunstancias críticas actuales tanto su necesidad (4) como su carencia han quedado en evidencia para todos, incluidas las autoridades.

Aun cuando la actividad de reparto de mercaderías a domicilio por medio de aplicaciones informáticas dejará de ser considerada esencial por las normas en juego, no lo dejaría de ser totalmente, por lo menos, para unos cuantos.

Es decir, durante la pandemia y, aun después de superada (todos ignoramos cuándo y en qué medida), seguirá siendo esencial para muchas personas que no pueden salir a la calle por diversos motivos, incluidas las enfermedades, por supuesto.

Todo esto, sin olvidar ni por un momento que estamos ante trabajadores precarizados cuyo carácter dependiente es desconocido por las empresas y, por lo tanto, no tienen los derechos inherentes a ese tipo de trabajo.

No hay duda, entonces, de que más temprano que tarde su situación laboral debe ser regularizada.

De cualquier modo, siga o no siendo considerada esencial la prestación de la actividad de reparto a domicilio y aun cuando se habilite el servicio *take away*, los repartidores "a pedido" a través de aplicaciones digitales van a continuar cumpliendo una función social esencial, por lo menos, para gran parte de la población.

Cita online: AR/DOC/1564/2020

#### { NOTAS }

(4) Con relación a la conveniencia de una regulación especial, entre otros muchos autores, puede verse: TOLDÍ SIGNES, Adrián, intervención en las XXIII Jornadas de Derecho del Trabajo, Colegio Oficial de Graduados

Sociales S/C de Tfe., publicado el 23/5/17; MELGAREJO ESPINA, Catalina, "Reivindicando los espacios de la autonomía colectiva", disponible en <http://www.cielolaboral.com/reivindicando-los-espacios-de-la-autonomia-colectiva>

(consultado el 10/11/2019); ZUAZO, Natalia, "A merced del algoritmo", *Le Monde diplomatique*, Cono Sur, febrero 2019, nro. 236, p. 6; GARCÍA, Héctor, "La prestación de servicios de transporte 'bajo demanda' organizados por

plataformas virtuales: un nuevo futuro sale al cruce del Derecho del Trabajo", *Anuario 2016, Año VII, N° 7, AADT y SS, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017, p. 51.*

# El decreto de necesidad y urgencia 367/2020 sobre la presunción del COVID-19 como enfermedad profesional en los trabajadores que cumplen tareas en actividades declaradas esenciales

Ricardo A. Foglia (\*)

SUMARIO: I. Objeto del presente comentario.— II. Antecedentes de los listados de enfermedades profesionales.— III. La ley 24.557 de Riesgos del Trabajo en su redacción original.— IV. El dec. 1278/2000.— V. El DNU 367/2020.— VI. Comentario final.

#### I. Objeto del presente comentario

El decreto de necesidad y urgencia (DNU) 367/2000(1) establece un mecanismo presuncional de profesionalidad de la enfermedad COVID-19 producida por el virus SARS-CoV-2 para los trabajadores que prestan tareas en las actividades declaradas esenciales.

El sistema instaurado se aparta del régimen de enfermedades profesionales listadas y no listadas establecido por el art. 2º, apart. 2º, inc. b), de la LRT.

Además, tiene una vigencia temporal limitada, ya que rige hasta 60 días después de finalizada la emergencia sanitaria.

Dicha norma fue reglamentada mediante res. 30/2020 de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo (SRT)(2), conforme lo habilita el art. 6º del referido DNU(3) en lo que hace al procedimiento para la declaración como enfermedad profesional del COVID-19

en el caso concreto, como enfermedad no listada.

#### II. Antecedentes de los listados de enfermedades profesionales

##### II.1. Planteo general

La determinación de la profesionalidad de una enfermedad con base en un listado comienza con los orígenes del sistema especial resarcitorio de los infortunios laborales.

Tal como se verá, este mecanismo generó controversias desde su instauración.

##### II.2. La ley 9688 y su decreto reglamentario

El art. 22 de la ley 9688 del año 1915(4) estableció que la reglamentación iba a establecer qué enfermedades eran profesionales. Decía: "Cuando un obrero se incapacite para trabajar o muera a causa de una enfermedad contraída en el ejercicio de su profesión, tendrá

derecho a la indemnización acordada por esta ley, con arreglo a las condiciones siguientes: a) La enfermedad debe ser declarada efecto exclusivo de la clase de trabajo que realizó la víctima durante el año precedente a la inhabilitación. b) No se pagará indemnización si se prueba que el obrero sufría esa enfermedad antes de entrar a la ocupación que ha tenido que abandonar. c) La indemnización será exigida del último patrón que empleó al obrero durante el referido año, en la ocupación cuya naturaleza generó la enfermedad, a menos que se pruebe que esta fue contraída al servicio de otros patrones, en cuyo caso estos serán responsables. d) Si la enfermedad, por su naturaleza, pudo ser contraída gradualmente, los patrones que ocuparon durante el último año a la víctima en la clase de trabajo a que se debió la enfermedad, estarán obligados a resarcir, proporcionalmente, al último patrono, la indemnización pagada por este, determinándose la proporción por arbitradores, si se suscita controversia a su respecto. e) El patrón en cuyo servicio se incapacite por enfermedad un

obrero, debe dar parte como si se tratase de un accidente. Las enfermedades profesionales deberán ser taxativamente enumeradas por el Poder Ejecutivo en decretos reglamentarios, previo informe de las oficinas técnicas, y la responsabilidad por ello solo comenzará a los noventa días de su determinación".

El decreto reglamentario del año 1915(5), en su art. 149, enumeró las siguientes: "...pneumoconiosis, tabacosis pulmonar, antracosis, siderosis, saturnismo, cuprismo, arsenicismo, oftalmia amoniacal, sulfocarbonismo, hidrocarburo, fosforismo, pústula maligna, dermatosis y anquilostomiasis".

En el año 1932 se incluyó la "fiebre ondulante", y en el año 1936 se incorporaron al listado los trastornos patológicos generados por el radio y otras sustancias radioactivas, los rayos X y los epitelomas primitivos de piel causados por manipulación o empleo del alquitrán, la brea, los aceites minerales, la parafina o compuestos o derivados de estas sustancias.

#### { NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)  
(\*) Abogado egresado de la UCA y magister en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Universidad Rey Juan Carlos, Madrid.

(1) BO del 14/01/2020.

(2) BO del 29/04/2020.

(3) Dice el citado artículo: "Facúltase a la Superintendencia de Riesgos del Trabajo (SRT) a dictar las normas

relativas al procedimiento de actuación ante la Comisión Médica Central (CMC) y a dictar todas las medidas reglamentarias, complementarias y aclaratorias que sean necesarias en el marco de sus competencias".

(4) BO del 21/10/1915.

(5) Publicada el 14/01/1916.

### II.3. Criterios jurisprudenciales sobre el listado

Ante una incipiente tendencia jurisprudencial que reconocía como profesionales a las enfermedades no listadas, la Cámara Civil de la Capital Federal (6) resolvió que el Poder Judicial no podía ampliar por vía analógica la enumeración legal de las enfermedades profesionales.

En el año 1944, el dec. 29.776/1944 (7) incorporó el calambre profesional del telegrafista.

Posteriormente, la provincia de Buenos Aires dictó un decreto estableciendo como profesionales, para ese ámbito territorial, las siguientes: anilismo, hidrargirismo, hidrocarburo, animalismo, enfermedad de los *caissons* (8), enfisema pulmonar y tuberculosis pulmonar.

La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires (9) dejó sin efecto esa norma, señalando que solo el Poder Ejecutivo de la Nación tenía facultades para determinar cuáles enfermedades debían estar incluidas en el concepto y listado.

Sin embargo, como el Poder Ejecutivo Nacional no actualizaba la lista, y debido a la aparición de nuevas actividades que generaban enfermedades que no estaban incluidas en ella, y por los avances de la medicina, el listado fue rápidamente perdiendo actualidad, por lo que se fue imponiendo el criterio jurisprudencial de *llenar este vacío* declarando como enfermedades profesionales a dolencias no incluidas en aquel, pero relacionadas con las tareas y el medio ambiente laboral.

### II.4. La ley 18.913 (10)

Por esta circunstancia, en el año 1970, la ley 18.913 modificó el último párrafo del art. 22 de la ley 9688. La nueva redacción eliminó el requisito del listado, señalando: “Se considerará enfermedad profesional toda aquella que sea motivada por la ocupación en que se emplee al obrero o empleado”.

### II.5. El dec. 4389/1973 (11)

Sin embargo, en el año 1973, el dec. 4389/1973, con base en el nuevo art. 22, y sin derogarlo, volvió a instaurar el listado cerrado, al expresar que “las enfermedades profesionales deberán ser taxativamente enumeradas por el Poder Ejecutivo”.

Ahora bien, dado que dicha norma, interpretada literalmente, chocaba flagrantemente con el nuevo texto del art. 22 de la ley 9688, la jurisprudencia en forma unánime interpretó que si una enfermedad estaba en el listado su carácter era indiscutible, pero ello no impedía el reconocimiento como enfermedad profesional de otra no incluida en el listado.

A partir de allí la jurisprudencia paulatinamente fue inclinándose por un concepto cada vez más extendido de la enfermedad profesional, incorporando, además, el concepto de “enfermedad-accidente” (12).

### II.6. La ley 24.028 (13)

En el año 1991, la ley 24.028, que reemplaza la ley 9688, no definió el concepto de enfermedad profesional, limitándose a señalar los mecanismos causales de reparabilidad.

## III. La ley 24.557 de Riesgos del Trabajo en su redacción original (14)

### III.1. Criterio general

En el año 1995 se dicta la ley 24.557 (LRT), que modificó profundamente el sistema resarcitorio de los infortunios laborales vigente hasta ese entonces.

### III.2. Regulación de las enfermedades

En lo que hace específicamente al tema de las enfermedades profesionales, la LRT conceptualmente vuelve al sistema de lista cerrada que originalmente, y hasta la reforma del año 1970, tenía la ley 9688.

Según dicha norma, solo eran profesionales las enfermedades incluidas en un listado. El inc. 2º del art. 6º, en su primera parte, expresaba: “Se considerarán enfermedades profesionales aquellas que se encuentran incluidas en el listado de enfermedades profesionales...”.

Y respecto de las enfermedades no incluidas en el listado, decía, en el art. 6º, inc. 2º, último párrafo, que “...en ningún caso serán consideradas resarcibles”.

El listado debe ser elaborado anualmente por el Poder Ejecutivo Nacional, previo dictamen unánime vinculante del Comité Consultivo Permanente de la LRT (15), y “en caso de no alcanzar unanimidad, la materia en consulta será sometida al arbitraje del presidente del Comité Consultivo Permanente de la LRT previsto en el inc. 1º, quien laudará entre las propuestas elevadas por los sectores representados” (16). El presidente de dicho Comité es el ministro de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación (17).

El listado es de triple columna, ya que contempla el agente de riesgo, los cuadros clínicos y las actividades, debiendo confluír los tres elementos para que la enfermedad sea considerada profesional.

### III.3. Objeciones de la jurisprudencia

Gran parte de la jurisprudencia fue crítica del listado referido, ya que consideraba que importaba una delegación legislativa impropia del Poder Legislativo al Poder Ejecutivo Nacional, atribuyéndole a este funciones judiciales al decidir sobre la causalidad, y que además, al ser el listado anual, podía variar o incluir o excluir enfermedades por un acto administrativo, lo que atentaba contra el art. 99, inc. 3º, párr. 2º, de la CN.

En cuanto a la no resarcibilidad de las enfermedades no listadas, la doctrina judicial en forma casi unánime resolvió que ese criterio vulneraba la Constitución Nacional, ya que, al impedir la reparación del daño, desnaturalizaba la función de una ley de accidentes del trabajo, violando el art. 17 de aquella al cercenar derechos patrimoniales, afectando además el principio de igualdad ante la ley (art. 16, CN), al privar a los trabajadores de un derecho que tienen todos los ciudadanos. También se dijo que impedía el acceso a la justicia, violando el art. 18, CN.

## IV. El dec. 1278/2000 (18)

### IV.1. Resultado de la presión

A raíz de la “presión” que la jurisprudencia y la doctrina ejercieron sobre el sistema de la LRT, se dicta el DNU 1278/2000, que contempla, entre otras cuestiones, la situación de las enfermedades profesionales no incluidas en el listado.

A tal efecto, aquel regula tres aspectos referidos a ellas: 1) el concepto de enfermedad no incluida en el listado; 2) el procedimiento para obtener dicho reconocimiento; y 3) la forma de financiación de las prestaciones de la LRT a las aludidas enfermedades.

Respecto de las primeras, el art. 2º del dec. 1278/2000 agrega al inc. 2º del art. 6º de la LRT el apart. b), que expresa textualmente, en el párr. 1º: “Serán igualmente consideradas enfermedades profesionales aquellas otras que, en cada caso concreto, la Comisión Médica Central determine como provocadas por causa directa e inmediata de la ejecución del trabajo, excluyendo la influencia de los factores atribuibles al trabajador o ajenos al trabajo”.

A su vez, el párr. 2º del punto ii) de dicho apartado señala: “En ningún caso se reconocerá el carácter de enfermedad profesional a la que sea consecuencia inmediata, o mediata previsible, de factores ajenos al trabajo o atribuibles al trabajador, tales como la predisposición o labilidad a contraer determinada dolencia”.

### IV.2. Estructura actual

De esta manera, el régimen actual contempla dos especies de enfermedades profesionales:

1. las incluidas en el listado, para cuyo reconocimiento basta con la concurrencia de las circunstancias señaladas en cada una de las columnas de la nómina; y

2. las excluidas de dicho listado, pero “...provocadas por causa directa e inmediata de la ejecución del trabajo...” y que luego de un procedimiento ante las Comisiones Médicas pueden ser reconocidas como tales, con carácter particular, es decir, para cada caso.

Para las personas con enfermedades incluidas en el listado, esta es una solución práctica, ya que evita el engorroso trámite de la prueba de la causalidad. Reunidos los extremos del listado, la norma resume *iuris et de iure* [“se considerarán”, dice el inc. 2º, apart. a), del art. 6º de la LRT] que existe “...causa directa de la enfermedad con las tareas cumplidas por el trabajador y por las condiciones medio ambientales de trabajo” (art. 40, inc. 3º, párr. 3º, *in fine*, LRT).

En las otras enfermedades, esto es, en las excluidas del listado, para su reconocimiento como profesionales es menester probar una relación causal especial entre la dolencia padecida y “...la ejecución del trabajo...”.

## V. El DNU 367/2020

### V.1. Caracteres generales

El DNU 367/2020 establece un régimen específico y diferencial de infortunios del trabajo

para los trabajadores en relación de dependencia que prestan tareas en las actividades declaradas esenciales y que padecen de la enfermedad COVID-19.

Dicho régimen tiene las siguientes características centrales:

— es transitorio;

— no incluye al COVID-19 en el listado de enfermedades profesionales;

— la considera como enfermedad no listada;

— se aparta del sistema de enfermedades no listadas a través de un mecanismo presuncional atípico y de un procedimiento específico y diferente al previsto por la LRT para esos casos;

— introduce un sistema de inversión de la carga de la prueba.

### V.2. Marco jurídico

El DNU comentado se apoya en el aislamiento social preventivo y obligatorio dispuesto por la normativa de emergencia.

#### V.2.a. El DNU 260/2020 (19)

El aislamiento comienza el día 20 de marzo con la publicación del DNU 260/2020, que dispuso el aislamiento obligatorio por el plazo de 14 días corridos en tres casos:

a) las personas que revistan el carácter de “casos sospechosos”;

b) las personas afectadas por coronavirus médicamente confirmados;

c) los que hubieran tenido “contactos estrechos” con alguno de los incluidos en las categorías anteriores (art. 7º, DNU).

#### V.2.b. La res. MTEYSSN 207/2020 (20)

Dicha nómina fue ampliada por la res. 207/2020, que incluyó:

a) Trabajadores mayores de sesenta [60] años de edad, con dos excepciones:

— el personal esencial para el adecuado funcionamiento del establecimiento, siempre que no se trate de una mujer embarazada o que esté incluido en los puntos b) y c) siguientes;

— los trabajadores del sector salud.

b) Trabajadoras embarazadas.

c) Trabajadores incluidos en los grupos de riesgo que define la autoridad sanitaria nacional y que en la actualidad son las siguientes:

— enfermedades respiratorias crónicas: enfermedad pulmonar obstructiva crónica (EPOC), enfisema congénito, displasia broncopulmonar, bronquiectasias, fibrosis quística y asma moderado o severo;

— enfermedades cardíacas: insuficiencia cardíaca, enfermedad coronaria, valvulopatías y cardiopatías congénitas;

## { NOTAS }

(6) CCiv. Capital Federal, sala I, 26/04/ 1940, “Havunchian c. Frigorífico Wilson de la Argentina SA”. En esa oportunidad señaló que “La neuralgia ciática, contraída como consecuencia del trabajo en un frigorífico no es indemnizable como enfermedad profesional por no figurar en la enumeración taxativa que de las enfermedades hace el dec. regl. de la ley 9688. Tampoco puede indemnizarse como enfermedad-accidente, si no se ha probado que las condiciones extraordinarias y anormales de trabajo o un traumatismo han desencadenado la enfermedad, lo que sería indispensable para considerar que

se trata de un accidente del trabajo propiamente dicho”.

(7) Publicado el 16/11/1944

(8) Tareas en campanas para la realización de trabajos debajo de agua.

(9) SCBA, JA 49-524 y 70-532.

(10) BO del 15/01/1971.

(11) BO del 27/09/1973.

(12) Se trata de aquellas enfermedades que no se reparan como un accidente. El sustento era la denominada teoría de la indiferencia de la concausa, por la cual resultaba suficiente que el trabajo o el medio ambiente

laboral hubieran incidido, favorecido, agravado, manifestado o puesto en evidencia una enfermedad común, esto es, de origen congénito o constitucional, para que aquella se reputara como enfermedad de trabajo.

(13) BO del 17/12/1991.

(14) BO del 04/10/1995.

(15) Arts. 6º, inc. 2º, y 40, incs. 2º, apart. b), y 3º, de la LRT.

(16) Inc. 3º, párr. 3º, art. 40, LRT.

(17) Dice el art. 40, apart. 1º, LRT: “Créase el Comité Consultivo Permanente de la LRT, integrado por cuatro

representantes del gobierno, cuatro representantes de la CGT, cuatro representantes de las organizaciones de empleadores, dos de los cuales serán designados por el sector de la pequeña y mediana empresa, y presidido por el ministro de Trabajo y Seguridad Social de la Nación. El Comité aprobará por consenso su reglamento interno, y podrá proponer modificaciones a la normativa sobre riesgos del trabajo y al régimen de higiene y seguridad en el trabajo”.

(18) BO del 03/01/2001.

(19) BO del 12/03/2020.

(20) BO del 17/03/2020.

— inmunodeficiencias;

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

d) El progenitor o responsable a cargo de niños o adolescentes que concurren a clases presenciales en los niveles inicial, primario o secundario, en todas las modalidades e institutos de educación superior, mientras dure la suspensión de clases.

#### V.2.c. El DNU 297/2020

Dada la expansión de la enfermedad, el día 20 de marzo se publica en el Boletín Oficial el DNU 297/2020, que, cambiando la lógica de su predecesor, estableció el aislamiento generalizado hasta el 31 de marzo de este año, salvo excepciones en las que caracterizó como actividades esenciales.

El aislamiento fue prorrogado sucesivamente por el DNU 325/2020 (21), hasta el 12/04/2020 inclusive; por el DNU 355/2020 (22), hasta el 26/04/2020 inclusive; y por el DNU 408/2020 (23), hasta el 10/05/2020 inclusive, luego prorrogado al 24 de mayo por DNU 459/2020.

Los trabajadores que las realizan, salvo excepciones (que son las enumeradas en el art. 7º del DNU 260/2020 y en la res. MTEYSSN 207/2020, que no fueron derogados en este aspecto), quedan exceptuados del “aislamiento social, preventivo y obligatorio” y de la prohibición de circular, de forma tal que deben cumplir con sus tareas y actividades normalmente.

El listado de actividades esenciales fue sucesivamente ampliado (24).

En cuanto a los trabajadores no incluidos en las actividades esenciales, se configuran dos posibilidades: los que cumplen tareas en su lugar de aislamiento y los que no.

El DNU objeto de este comentario se refiere únicamente a los trabajadores que realizan tareas en actividades declaradas esenciales.

#### V.3. Prevención

Desde el origen de la normativa de emergencia dictada por la peste provocada por el SARS-CoV-2 se dictaron disposiciones reiterando la obligación de los empleadores de adoptar medidas para proteger la salud de los trabajadores.

Así, el art. 6º de la res. MTEYSSN 202/2020 (25) estableció: “El empleador deberá extremar los recaudos suficientes que permitan satisfacer las condiciones y medio ambiente de trabajo en consonancia con los protocolos establecidos por la autoridad sanitaria para la emergencia coronavirus COVID-19”.

#### { NOTAS }

(21) BO del 31/03/2020.

(22) BO del 11/04/2020.

(23) BO del 26/04/2020.

(24) Res. MTEYSSN 233/2020; decisión administrativa 450/2020 del jefe de Gabinete de Ministros; decisión administrativa 467/2020 del jefe de Gabinete de Ministros; decisión administrativa 490/2020 del jefe de Gabinete de Ministros; decisión administrativa 468/2020 de la Jefatura de Gabinete de Ministros; decisión administrativa 490/2020 de la Jefatura de Gabinete de Ministros; decisión administrativa 524/2020 de la Jefatura de Gabinete de Ministros; res. MTEYSSN 233/2020; res. MTEYSSN 296/2020; disp. SRT 3/2020; disp. SRT 6/2020; disp. AFIP 80/2020.

(25) BO del 17/03/2020.

(26) BO del 01/04/2020.

(27) Dice el art. 4º: “Sustitúyese el apart. 1º del art. 12 de la ley 24.557 y su modificatoria, el que quedará redactado de la siguiente manera: ‘1. A los efectos de determinar la cuantía de las prestaciones dinerarias se considera ingreso base la cantidad que resulte de dividir la suma total de las remuneraciones sujetas a aportes y contribuciones, con destino al Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones, devengadas en los doce [12] meses

El último párrafo del art. 6º del DNU 297/2020 estableció que en los casos exceptuados del aislamiento “...los empleadores y empleadoras deberán garantizar las condiciones de higiene y seguridad establecidas por el Ministerio de Salud para preservar la salud de las trabajadoras y de los trabajadores”.

El art. 4º de la res. MTEYSSN 279/2020 (26) dice: “La reorganización de la jornada de trabajo a efectos de garantizar la continuidad de la producción de las actividades declaradas esenciales en condiciones adecuadas de salubridad en consonancia con los protocolos establecidos por la autoridad sanitaria, será considerado un ejercicio razonable de las facultades del empleador”.

La SRT tiene profusa normativa preventiva de los riesgos del trabajo en general y respecto de ciertas actividades en especial. El control de su cumplimiento es relevante en estas circunstancias, como también lo es la coordinación de la prevención de los riesgos del trabajo con la salud pública, cuyos organismos son el eje y la autoridad rectora en este momento tan delicado.

#### V.4. Aplicación temporal del DNU

El DNU establece un período de vigencia de la protección especial prevista en él.

##### V.4.a. Fecha de inicio

El art. 7º establece que sus disposiciones se aplicarán a aquellas contingencias cuya primera manifestación invalidante se haya producido a partir del 20/03/2020, fecha de publicación del DNU 297/2020 (art. 7º). La norma sigue el criterio de aplicación (primera manifestación invalidante) establecido en su momento por los arts. 4º y 5º del dec. 1278/2000 (27); 17, inc. 5º (28), y 17 bis (29) de la ley 26.773, reformados por la ley 27.348; y 20 de esta última (30).

El *Diccionario de la Lengua Española* (31) define la raíz de “manifestación”, que es “manifestar”, como “descubrir, poner a la vista”, “exponer públicamente”.

Si bien el análisis de esta cuestión excede el objeto de este trabajo, es dable señalar que en materia de accidentes del trabajo la cuestión es más sencilla, ya que coincide con el daño y su emergencia. En materia de enfermedades, el hecho es más difuso, porque hay enfermedades que pueden permanecer larvadas durante mucho tiempo, sin producir síntomas ni generar invalidez, con lo cual la manifestación invalidante puede ser la exteriorización de un estado patológico previo.

La norma, conforme viéramos, adopta el criterio de la “primera manifestación invalidante”, esto es, el de la exteriorización de los síntomas del coronavirus.

anteriores a la primera manifestación invalidante, o en el tiempo de prestación de servicio si fuera menor a un [1] año, por el número de días corridos comprendidos en el período considerado”. Expresa el art. 5º: “Sustitúyanse los aparts. 1º y 2º del art. 13 de la ley 24.557 y su modificatoria, los que quedarán redactados de la siguiente manera: ‘1. A partir del día siguiente a la primera manifestación invalidante y mientras dure el período de incapacidad laboral temporaria (ILT), el damnificado percibirá una prestación de pago mensual, de cuantía igual al valor mensual del ingreso base. La prestación dineraria correspondiente a los primeros diez días estará a cargo del empleador...”.

(28) Dice el art. 5º: “Las disposiciones atinentes a las prestaciones en dinero y en especie de esta ley entrarán en vigencia a partir de su publicación en el Boletín Oficial y se aplicarán a las contingencias previstas en la ley 24.557 y sus modificatorias, cuya primera manifestación invalidante se produzca a partir de esa fecha”.

(29) Este expresa: “Determinase que solo las compensaciones adicionales de pago único, incorporadas al art. 11 de la ley 24.557 y sus modificatorias, y los importes mínimos establecidos en el dec. 1694/2009, se deberán incrementar conforme la variación del índice

Cabe señalar que cuando se publicó el DNU 260/2020, la posibilidad de contagio por coronavirus ya estaba latente, y tan es así que dicha norma dispuso el aislamiento preventivo para un grupo de personas consideradas de riesgo, que fue ampliado y del que quedaron exceptuados, entre otros, los trabajadores mayores de sesenta [60] años de edad del sector salud (res. MTEYSSN 207/2020). Más aún si se tiene en cuenta que dicho DNU extendió la emergencia sanitaria.

De esta manera, y como los trabajadores de ese sector que hubieran presentado síntomas entre el 12/03/2020 y el 20 de ese mes y año quedaban excluidos del sistema del DNU comentado, la res. SRT 38/2020, en el art. 20, rectificando ese criterio, dispuso que las aseguradoras de riesgos del trabajo (ART) debían “poner a disposición” de las víctimas las prestaciones de la LRT.

#### V.4.b. Fecha de agotamiento de la protección especial

El sistema presuncional estatuido por el DNU 367/2020 tiene dos fechas de finalización:

— Para los trabajadores que no pertenecen al sector salud, el sistema finaliza cuando termine el aislamiento (art. 1º), esto es, está sujeto a un hecho condicional resolutorio (32). Entendemos —y esto es nuestra interpretación, ya que en los considerandos del DNU nada se dice— que la norma habría fijado ese criterio por cuanto consideraría que, una vez finalizado el aislamiento, la situación volvería a su normalidad, con toda la población desplazándose libremente, por lo cual desaparecería el riesgo específico de las actividades esenciales, esto es, de trabajar y circular en cuarentena, y que desde ese momento la situación sería igual para todos.

— Para los trabajadores del sector salud, el art. 4º determina que la protección especial cesará a los 60 días posteriores de la finalización de la prórroga de la emergencia sanitaria dispuesta por el DNU 260/2020, hecho este que acaece el 11/05/2021, ya que se trata de días corridos (33).

#### V.5. Ámbito de aplicación personal

La norma se aplica a todos los trabajadores que no realizan el aislamiento por prestar tareas en las actividades declaradas esenciales. A los que pertenecen a una actividad esencial pero no cumplen tareas no les resulta aplicable la normativa comentada.

El art. 1º del DNU comentado es claro en cuanto se refiere a los que “...realizan actividades declaradas esenciales...”.

Respecto de estos, el DNU efectúa una distinción entre los trabajadores que cumplen

tareas en actividades del sector salud y los que las realizan en las restantes.

El art. 18 de la res. SRT 38/2020 señala que se considera como sector salud, en forma enunciativa, a las siguientes actividades y sujetos: “...personal médico, de enfermería, auxiliares (entendiéndose por tal camilleros, choferes de ambulancia y de transporte de residuos patológicos, mucamas, personal de limpieza y empresas de saneamiento, incluyendo residuos patológicos), de esterilización, administrativos, de vigilancia, secretarías de servicios, mantenimiento, kinesiólogos, bioquímicos (laboratorio y toma de muestras) y todas aquellas actividades desarrolladas en cumplimiento de tareas asistenciales en los tres niveles de atención (guardia, internación y terapia intensiva), debidamente identificados con arreglo a los Clasificadores Industriales Internacionales Uniformes (CIU) contenidos en el anexo de firma conjunta IF-2020-28303075-APN-GP#SRT que forma parte de la presente resolución” (34).

De esta forma están excluidos los dependientes de empresas que realizan una actividad declarada esencial pero que no realizan tareas, sea porque deben guardar aislamiento, conforme señaláramos, porque estas no son necesarias para la operación o porque trabajan en el lugar de cumplimiento de la cuarentena.

También están excluidos del sistema presuncional los trabajadores de una actividad no esencial que, violando la cuarentena, prestan tareas y se enferman de COVID-19. En este caso, el trabajador queda al margen de la protección especial instaurada por el DNU 367/2020 y debe probar, para tener derecho a las prestaciones del sistema de riesgos del trabajo, que la dolencia fue por causa “...directa e inmediata de la ejecución del trabajo...”. Ello sin perjuicio de considerar que se trata de un supuesto de trabajo prohibido (art. 40, LCT, y art. 6º, res. MTEYSSN 279/2020).

#### V.6. Régimen presuncional

El DNU establece un mecanismo presuncional de profesionalidad de la dolencia COVID-19 que padezcan los trabajadores a los cuales nos hemos referido en el punto precedente.

También prevé un mecanismo de inversión de la carga de la prueba.

##### V.6.a. Enfermedad no listada

La norma considera que, en todos los casos —esto es, se trate de un trabajador de una actividad esencial de salud o no—, se trata de una enfermedad no listada.

Consideramos que el criterio es erróneo, ya que están reunidos todos los recaudos para

RIPE (Remuneraciones Imponibles Promedio de los Trabajadores Estables), desde el 01/01/2010 y hasta la fecha de la primera manifestación invalidante de la contingencia considerando la última variación semestral del RIPE de conformidad con la metodología prevista en la ley 26.417”.

(30) Señala: “La modificación prevista al art. 12 de la ley 24.557 y sus modificatorias, se aplicará a las contingencias cuya primera manifestación invalidante resulte posterior a la entrada en vigencia de la presente ley”.

(31) REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, “Diccionario de la Lengua Española”, 1994, t. 2, p. 1309.

(32) Arts. 343 y ss., Cód. Civ. y Com.

(33) Art. 6º, Cód. Civ. y Com.

(34) Dicho nomenclador incluye: “Recolección, transporte, tratamiento y disposición final de residuos peligrosos. 382020. Recuperación de materiales y desechos no metálicos. 390000. Descontaminación y otros servicios de gestión de residuos. 721020. Investigación y desarrollo experimental en el campo de las ciencias médicas. 801090. Servicios de seguridad e investigación n.c.p. 811000. Servicios de apoyo combinado a edificios. 812010. Servicios de limpieza general de edificios. 821100. Servicios combinados de gestión administrativa de ofici-

nas. 812090. Servicios de limpieza n.c.p. 861010. Servicios de internación excepto instituciones relacionadas con la salud mental. Servicios de consulta médica (incluye las actividades de establecimientos sin internación o cuyos servicios se desarrollen en unidades independientes a las de internación: consultorios médicos, servicios de medicina laboral). 862120. Servicios de proveedores de atención médica domiciliaria (incluye las actividades llevadas a cabo en domicilios de pacientes con alta precoz, y que ofrecen atención por módulo). 862130. Servicios de atención médica en dispensarios, salitas, vacunatorios y otros locales de atención primaria de la salud. 862200. Servicios odontológicos. 863110. Servicios de prácticas de diagnóstico en laboratorios (incluye análisis clínicos, bioquímica, anatomía patológica, laboratorio hematológico, etc.). 863120. Servicios de prácticas de diagnóstico por imágenes (incluye radiología, ecografía, resonancia magnética, etc.). 863190. Servicios de prácticas de diagnóstico n.c.p. 863200. Servicios de tratamiento (incluye hemodiálisis, cobaltoterapia, etc.). 863300. Servicio médico integrado de consulta, diagnóstico y tratamiento. 864000. Servicios de emergencias y traslados. 869010. Servicios de rehabilitación física (incluye actividades de profesionales excepto médicos: kinesiólogos, fisiatras, etc.)”.

que, en el caso de los trabajadores del sector salud, dada la situación de emergencia, la forma de contagio de la enfermedad y la realización de tareas esenciales para la comunidad de quienes la prestan, se la incluya en el listado de enfermedades profesionales.

Podría señalarse que las personas que cumplen tareas en actividades esenciales no vinculadas a la salud, cesado el aislamiento, ingresan en una zona de riesgo general no específico de sus tareas. Pero, en lo que hace a los “trabajadores de salud”, su inclusión es imperiosa y un acto de razonabilidad y justicia, por el mayor riesgo específico al que están expuestos y por la alta posibilidad de contagio. Más aún, no se advierte cuál habría sido la razón que limitó la protección de este colectivo hasta los 60 días de finalizada la emergencia, como si los virus entendieran de las leyes humanas.

El propio DNU 367/2020 en los considerandos construye su listado de triple columna:

Agente	Enfermedad	Actividad
SARS-CoV-2	COVID-19	Trabajadores de la salud

Cabe recordar que en su momento se incluyó al VIH en el listado de enfermedades profesionales de los trabajadores del equipo de salud que tienen contacto con la sangre y otros fluidos orgánicos contaminados de portadores y/o enfermos y del personal de limpieza que maneja los materiales de desecho contaminados.

La norma comentada intenta compensar la no inclusión en el listado de enfermedades profesionales con un sistema presuncional y de inversión de la carga de la prueba en cada caso concreto.

V.6.b. Sistema presuncional e inversión de la carga de la prueba

El DNU comentado establece un sistema mixto de presunciones e inversión de la carga de la prueba.

Se trata de dos institutos diferentes, aunque en algunos casos, como el que nos ocupa, pueden tener puntos de contacto.

El *Diccionario del Español Jurídico* (35) define el término “presunción”, en su sentido general, como la “aceptación de un hecho del que no se tiene prueba y que se infiere de otro hecho demostrado”. De esta manera, cuando opera una presunción, el razonamiento jurídico parte de un hecho que, por imperio de él, se considera como probado y que puede o no desvirtuarse según sea el tipo de presunción: *iuris et de iure* o *iuris tantum*.

En el caso de la norma comentada, se trata de una presunción legal *iuris tantum*, esto es, que admite prueba en contrario, y de ahí su diferencia con el listado de enfermedades profesionales, que es una presunción de laboralidad *iuris et de iure*.

El mecanismo del DNU 367/2020 “cierra” el esquema con una inversión de la carga de la prueba, en apariencia diferente, para los trabajadores que no se desempeñan en el sector salud y para los que sí lo hacen.

Nos referiremos a ambos supuestos separadamente, porque así los trata la norma, y en el final explicaremos por qué razón concluimos que la diferencia es solo aparente.

En los puntos siguientes solo nos referiremos al aspecto presuncional y causal. Las

cuestiones procedimentales las trataremos en el acápite V.7.

V.6.c. Presunción aplicable al personal que no cumple tareas en el sector salud

Respecto del personal que se desempeña en actividades declaradas esenciales en el sector que no es de la salud y debe concurrir a prestar tareas y que padece de COVID-19, la norma establece que se *presumirá* que la enfermedad es de carácter profesional (art. 1º). Dice que “se considerara presuntivamente una enfermedad de carácter profesional”. Entendemos que ello significa, jurídicamente, que se presume profesional.

Por su parte, la ART podrá revertir la presunción demostrando que dicha enfermedad no ha sido provocada “...por causa directa e inmediata de la ejecución del trabajo...” [art. 6º, apart. 2º, inc. b), LRT], dado que el art. 1º del DNU 367/2020 remite a esa disposición. Pero, además, sobre esta cuestión en todo caso debe expedirse la Comisión Médica Central (CMC).

Esta, a su vez, puede desplazar nuevamente la carga probatoria a favor del trabajador si en la actividad hay: a) “un número relevante” de infectados y en un establecimiento determinado de esa actividad hay cercanía o posible contacto —si bien la norma no lo aclara, se entiende que de trabajadores—; o b) si hay hechos reveladores de que el contagio haya sido en “...ocasión...” del cumplimiento de las tareas en la actividad esencial (art. 3º, párr. 2º).

Como se advierte, la normativa es harto compleja en este punto, ya que la secuencia sería:

(i) presunción *iuris tantum* de profesionalidad;

(ii) posibilidad de la ART de desvirtuar la presunción por prueba de inexistencia de nexo causal directo e inmediato;

(iii) reversión de la conclusión causal por parte de la CMC, volviendo a la presunción inicial si se presentan nuevas presunciones (que son las mencionadas al inicio de este punto);

(iv) a su vez, y como es una inversión de la carga probatoria, la ART puede probar en contra de ella, con lo cual volveríamos a la segunda etapa, en un círculo vicioso.

Como se advierte, el sistema es confuso y seguramente dará lugar a no pocas controversias.

V.6.d. Personal que cumple tareas esenciales en el sector salud

En cuanto a los trabajadores del rubro salud, en el art. 4º se establece que la enfermedad se *considerará* profesional, ya que tiene relación de “causalidad directa e inmediata con la labor efectuada”.

Es decir, no habría una presunción de profesionalidad, a diferencia del supuesto anterior, sino una aserción de profesionalidad, esto es, que dicha dolencia es profesional. Sin embargo, en forma contradictoria admite supuestos en que aquella no sea profesional (lo que no ocurre con las enfermedades listadas), con lo cual queda desvirtuada la afirmación inicial. Esto es, se puede acreditar que la enfermedad no tiene esa causalidad.

A su vez, la Comisión Médica puede invertir la carga de la prueba de la relación causal en los casos mencionados en el punto anterior.

debe empezar al siguiente. Los plazos de meses o años se computan de fecha a fecha. Cuando en el mes del vencimiento no hubiera día equivalente al inicial del cómputo, se entiende que el plazo expira el último día de ese mes. Los plazos vencen a la hora veinticuatro del día del vencimiento respectivo. El cómputo civil de los plazos es de

V.6.e. Una diferencia aparente

Entendemos que desde el ángulo jurídico no se advierte la distinción en el tratamiento presuncional y causal entre los trabajadores de la salud y los restantes.

En efecto, en el supuesto de los trabajadores que no pertenecen al sector salud, el art. 1º del DNU 367/2020 dice que la enfermedad COVID-19 “...se considerará presuntivamente una enfermedad de carácter profesional...”, y en el art. 4º, referido a los trabajadores del sector salud, expresa que dicha enfermedad “...se considerará que guarda relación de causalidad directa e inmediata con la labor efectuada...” (el destacado nos pertenece).

La primera observación sobre la cual cabe interrogarse se refiere a cuál es la diferencia entre presumir que una enfermedad es profesional y considerarla como tal.

Se podría contestar señalando que en el primer caso se trata de una presunción *iuris tantum*, y en el segundo, *iuris et de iure*.

Ahora bien, en el primer supuesto —trabajadores que no son del sector salud—, el art. 1º del DNU 367/2020 remite al art. 6º, apart. 2º, inc. c), LRT, referido a las enfermedades no listadas, a las que se exige, para ser consideradas como tales, la existencia de “...causa directa e inmediata de la ejecución del trabajo...”. Con ello queremos señalar que, al presumirse la profesionalidad de la dolencia no listada, se está presumiendo, en definitiva, que ella es “...causa directa e inmediata de la ejecución del trabajo...”.

Pero he aquí que, para el caso de los trabajadores del sector salud, en el art. 4º del citado DNU se dice que “...se considerará que la enfermedad [...] guarda relación de causalidad directa e inmediata con la labor efectuada...”. Pero agrega: “...salvo que se demuestre, en el caso concreto, la inexistencia de este último supuesto fáctico”. De esta manera, el “...se considerará...” pasa a ser “presumirá”, porque admite prueba en contrario, al igual que sucede en el caso de los trabajadores dedicados a actividades esenciales en otros rubros que no sean del sector salud.

Por eso, la diferencia es solo aparente.

V.7. Trámite para obtener las prestaciones

V.7.a. Prohibición a la ART de rechazar la cobertura

El art. 2º del DNU 367/2020 establece que las ART no podrán rechazar la cobertura de los trabajadores que cumplan tareas en actividades declaradas esenciales y que padezcan la enfermedad COVID-19, por lo cual deberán otorgar las prestaciones en especie y dinerarias que el sistema prevé (arts. 11 a 20, LRT).

V.7.b. Procedimiento para obtener las prestaciones en especie y las prestaciones dinerarias de la incapacidad laboral temporaria (ILT) (sustitución salarial)

La norma contempla un particular y específico sistema procedimental con competencia originaria de la CMC (art. 5º, res. SRT 38/2020).

El art. 12 de la res. SRT 38/2008 dispone que el procedimiento que ella establece excluye los procedimientos generales establecidos en otras normas, tales como los decs. 717/1996 y 1475/2015 y las res. SRT 179/2015 y 298/2017. La declaración de inaplicabilidad de decretos por

una norma de rango inferior, como lo es una resolución, implica un exceso reglamentario, aunque el DNU 367/2020 haya habilitado a la SRT a dictar las medidas reglamentarias de aquella (art. 6º), por cuanto el DNU jamás suspendió ni declaró inaplicables estas disposiciones que la resolución deja sin efecto para este caso.

Por su parte, el art. 11 de la res. SRT 38/2008 declara que todos sus plazos son en días hábiles administrativos y a partir del día siguiente de su notificación, conforme lo habilita la última parte del art. 6º del Cód. Civ. y Com. (36).

V.7.b.1. La denuncia

El art. 43, LRT, señala que el derecho a recibir las prestaciones de esta comienza a partir de la denuncia de los hechos dañosos.

En este caso, el procedimiento se inicia con la denuncia que debe efectuar el trabajador a la ART o al empleador autoasegurado de que padece COVID-19 conforme a un diagnóstico “...emitido por entidad debidamente autorizada...” (art. 2º, DNU 367/2020).

La res. SRT 38/2020 establece que en la denuncia el trabajador deberá acompañar la siguiente documentación y brindar la información que se detalla (art. 1º):

— estudio diagnóstico de una entidad sanitaria incluida en el Registro Federal de Establecimientos de Salud (37);

— en él debe constar que el trabajador padece de COVID-19;

— debe estar firmado por un profesional con identificación y número de matrícula;

— descripción del puesto de trabajo, funciones y actividades o tareas habituales y jornadas de trabajo durante la dispensa del aislamiento;

— constancia de la dispensa del aislamiento expedida por el empleador para certificar que se trata de una empresa que cumple una actividad esencial.

Dicha constancia debe contener:

— denominación del empleador y datos de individualización (CUIT, domicilio, etc.);

— nombre, apellido y DNI del trabajador.

Hubiese sido conveniente y más sencillo habilitar a las ART a efectuar los estudios pertinentes para establecer si un trabajador cubierto por ella presenta la dolencia. De esta manera se evitaría el doble trámite de constatación de la enfermedad en una entidad y la posterior denuncia en una ART, sobre todo teniendo en cuenta la rapidez necesaria en el inicio del tratamiento y la extensión geográfica del país, que hace que muchas veces ambos organismos estén distantes, con la eventual circulación de una persona infectada.

La resolución de la SRT citada establece que, si hubiere objeciones o controversias entre la ART y el trabajador sobre el cumplimiento de los requisitos formales de la denuncia, ellas serán resueltas por la SRT. En este supuesto, el trabajador o su representante deben efectuar una presentación ante el Departamento de Atención al Público de ese organismo, el que deberá resolver la cuestión, previo dictamen jurídico, dentro del plazo máximo e improrrogable de 48 horas de recibida la denuncia (art. 2º).

## { NOTAS }

(35) 2016, p. 1256.

(36) Dice: “*Modo de contar los intervalos del derecho*. El modo de contar los intervalos del derecho es el siguiente: día es el intervalo que corre de medianoche a medianoche. En los plazos fijados en días, a contar de uno determinado, queda este excluido del cómputo, el cual

debe empezar al siguiente. Los plazos de meses o años se computan de fecha a fecha. Cuando en el mes del vencimiento no hubiera día equivalente al inicial del cómputo, se entiende que el plazo expira el último día de ese mes. Los plazos vencen a la hora veinticuatro del día del vencimiento respectivo. El cómputo civil de los plazos es de

días completos y continuos, y no se excluyen los días inhábiles o no laborables. En los plazos fijados en horas, a contar desde una hora determinada, queda esta excluida del cómputo, el cual debe empezar desde la hora siguiente. Las leyes o las partes pueden disponer que el cómputo se efectúe de otro modo”.

(37) Dicho Registro fue creado por la res. 1070/2009 del Ministerio de Salud e incluye a “...todos los establecimientos de salud con y sin internación, del ámbito público y privado fiscalizados por autoridad competente y según la reglamentación vigente en cada jurisdicción” (art. 3º).

El art. 2º del DNU 367/2020 establece que las ART no podrán rechazar la cobertura de las personas que padezcan de la enfermedad COVID-19 y que cumplan tareas en actividades declaradas esenciales, por lo cual deberán otorgar las prestaciones en especie y dinerarias que el sistema prevé (arts. 11 a 20, LRT). Es por este motivo que no se prevé un procedimiento específico para el caso de rechazo de la denuncia.

A su vez, la res. SRT 38/2020 delega en su Gerencia Prestacional el dictado de normas reglamentarias para regular el procedimiento y registración de denuncias de contingencias (art. 16).

V.7.b.2. Otorgamiento de las prestaciones correspondientes a la ILT

Desde el momento de la denuncia en esas condiciones, la ART debe otorgar "...en forma inmediata..." las prestaciones en especie y dinerarias contempladas por la ley 24.557 (art. 2º, DNU 367/2020).

Ellas son: la prestación salarial, cuyos primeros diez [10] días son a cargo del empleador (art. 13, LRT), la asistencia médica y farmacéutica, prótesis, ortopedia, rehabilitación, recalificación profesional y servicio funerario (art. 20, apart. 1º, LRT).

El plazo de la ILT es hasta el alta o la declaración de incapacidad laboral permanente, o el transcurso de dos [2] años desde la primera manifestación invalidante o el fallecimiento de la víctima (art. 7º, apart. 2º, LRT), lo que ocurra primero.

V.7.c. Procedimiento para obtener las indemnizaciones dinerarias de la LRT por incapacidad laboral definitiva (arts. 14, apart. 2º; 15, apart. 2º; 17 y 18, LRT)

V.7.c.1. Inicio del procedimiento

Luego de la aceptación de la profesionalidad del COVID-19 padecido por el trabajador de una actividad esencial y finalizado el período de ILT, se inicia el procedimiento para la determinación de la definitividad de la enfermedad (art. 14, LRT) y, por ende, el porcentaje de incapacidad atribuible a ella (arts. 3º a 12 de la res. SRT 38/2020).

Dicho procedimiento se inicia por una presentación que debe formular el trabajador o sus derechohabientes o apoderados, con patrocinio letrado. El art. 9º de la res. SRT 38/2020 establece que desde la primera presentación y durante todo el trámite aquel es obligatorio. El profesional debe acreditar la matrícula profesional habilitante en la jurisdicción de la Comisión Médica jurisdiccional en donde se inició el procedimiento o en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (sede de la CMC), o matrícula federal. Al patrocinio letrado le es aplicable lo dispuesto en los arts. 3º a 6º de la res. SRT 22/2018, que regulan la actuación de los letrados patrocinantes.

El art. 17 de la res. SRT 38/2020 delega para que en forma conjunta la Gerencia Técnica y la Gerencia de Administración de Comisiones Médicas de la SRT dicten las normas para implementar una Mesa de Entradas Virtual en el ámbito de las Comisiones Médicas jurisdiccionales y Central, a efectos de realizar en forma no presencial dicho trámite, y la verificación de las condiciones de legitimación de los apoderados o derechohabientes y todas las presentaciones necesarias en el marco de la emergencia pública dispuesta por el DNU 260/2020.

V.7.c.2. Dónde se presenta

La presentación para la determinación definitiva del carácter profesional de la enfermedad COVID-19 se debe efectuar ante la Comi-

sión Médica jurisdiccional correspondiente al domicilio del trabajador (art. 3º, punto 1, res. SRT 38/2020).

Ello constituye una excepción a lo establecido por el párr. 2º del art. 1º de la ley 27.348 (38), en cuanto expresa: "Será competente la Comisión Médica jurisdiccional correspondiente al domicilio del trabajador, al lugar de efectiva prestación de servicios por el trabajador o, en su defecto, al domicilio donde habitualmente aquel se reporta, a opción del trabajador y su resolución agotará la instancia administrativa".

V.7.c.3. Contenido de la presentación

En la presentación, el trabajador o, en su caso, los derechohabientes, deben contar con patrocinio letrado (art. 3º, inc. 1º, y art. 9º, res. SRT 38/2020) y se debe constituir domicilio, en donde serán válidas todas las notificaciones (art. 10, res. SRT 38/2020).

En cuanto al contenido de la presentación, el art. 3º, inc. 1º, res. SRT 38/2020, señala:

"a) Descripción del puesto de trabajo, funciones, actividades o tareas habituales desarrolladas así como las jornadas trabajadas durante la dispensa del aislamiento social, preventivo y obligatorio ordenado por el DNU 297 de fecha 19/03/2020 y normas complementarias (según art. 1º del DNU 367/2020);

"b) El fundamento de la relación de causalidad directa e inmediata de la enfermedad denunciada COVID-19, con el trabajo efectuado en el contexto de dispensa al deber de aislamiento social, preventivo y obligatorio;

"2. DNI del/a trabajador/a (copia o escaneado de anverso y reverso);

"3. DNI y matrícula del/a abogado/a patrocinante (copia o escaneado de anverso y reverso);

"4. Historia clínica de la enfermedad COVID-19, para el supuesto de haber recibido tratamiento médico asistencial a través de obra social o en prestadores públicos o privados;

"5. Constancia de alta médica otorgada por la ART o el EA de conformidad con lo dispuesto por la res. SRT 1838 de fecha 01/08/2014 y complementarias;

"6. Toda otra documentación de la que intente valerse a efectos de acreditar la invocada relación de causalidad".

V.7.c.4. Traslado de la presentación (art. 4º, res. SRT 38/2020)

De la presentación efectuada por el trabajador o sus derechohabientes, la Comisión Médica jurisdiccional debe correr traslado a la ART o al empleador autoasegurado, según el caso.

Este se efectúa por Ventanilla Electrónica.

El plazo del traslado es de cinco [5] días hábiles, contados desde su notificación.

Si la ART o el empleador autoasegurado no contestan el traslado, las actuaciones continúan su trámite.

Si lo contestan, en la respuesta deben acompañar la documentación e informar lo siguiente (art. 4º, res. SRT 38/2020):

"1. Denuncia de la contingencia en los términos del art. 1º de la presente resolución;

"2. Estudio de diagnóstico emitido por entidad sanitaria autorizada con resultado positivo por coronavirus COVID-19;

"3. Constancia de dispensa expresa otorgada por el empleador;

"4. Historia clínica de la contingencia en donde conste atención médico-asistencial que hubiera sido brindada por parte de la ART o el EA;

"5. Informe de análisis del puesto de trabajo por el Área de Prevención de la ART o el EA y en donde conste profesional interviniente, título habilitante y matrícula. Dicho informe reviste carácter meramente potestativo en razón de lo cual en caso de no ser presentado se considerará no controvertido lo manifestado tanto en el art. 1º, apart. 2º, como en el art. 3º, apart. 1º, inc. a), de la presente;

"6. Toda otra documentación de la que intente valerse a los efectos de desvirtuar las presunciones previstas en los arts. 1º, 3º y 4º del DNU 367/2020, cuando ello así lo amerite".

V.7.c.5. Elevación de la solicitud a la CMC (art. 5º, res. SRT 38/2020)

Contestado el traslado o vencido plazo de 5 días hábiles desde la notificación, el expediente es elevado a la CMC para su dictamen.

V.7.c.6. Trámite y dictamen de la CMC (arts. 5º y 6º, res. SRT 38/2020)

La Comisión Médica tiene facultades para disponer, si los antecedentes remitidos no fueren suficientes para resolver, medidas para mejor proveer. En este caso, puede prorrogar por 15 días el plazo para dictaminar (art. 5º, párr. 3º, res. SRT 38/2020).

También puede, conforme viéramos, "...invertir la carga de la prueba de la relación de causalidad a favor del trabajador cuando se constate la existencia de un número relevante de infectados por la enfermedad COVID-19 en actividades realizadas en el referido contexto, y en un establecimiento determinado en el que tuvieren cercanía o posible contacto, o cuando se demuestren otros hechos reveladores de la probabilidad cierta de que el contagio haya sido en ocasión del cumplimiento de las tareas desempeñadas en el marco referido en el art. 1º del presente" (art. 3º, DNU 367/2020).

Si el diagnóstico de coronavirus estuviese confirmado, no se efectúa la audiencia médica de examen físico. La norma no aclara quién debe confirmar el diagnóstico, aunque parecería, por el contexto procedimental, que es la confirmación o el asentimiento de la ART, sea por aceptación expresa o por silencio.

Previo al dictamen de la CMC es necesaria la intervención de un secretario técnico letrado, que debe expedirse sobre la legalidad del procedimiento realizado y respecto del nexo causal entre la tarea desarrollada por la víctima y la enfermedad padecida.

Luego de ello, la CMC debe emitir el dictamen dentro del plazo de treinta [30] días hábiles administrativos (art. 11, res. SRT 38/2020) de recibidas las actuaciones por ese organismo.

El dictamen debe expedirse sobre la profesionalidad de la enfermedad no incluida en el listado, para lo cual debe recurrir al mecanismo presuncional al que nos hemos referido, resultando "...imprescindible y necesaria..." (art. 3º, párr. 1º, DNU 367/2020), para el reconocimiento de la profesionalidad de la dolencia, la causa *directa e inmediata* (39) del COVID-19 con el trabajo efectuado en el contexto de dispensa del aislamiento.

En cuanto al alcance del dictamen, se mantiene el criterio del art. 6º, apart. 2º, inc. b),

LRT (40), introducido por el dec.1278/2000, en el sentido de que la determinación es para "...cada caso..." (art. 3º, párr. 1º, DNU 367/2020).

V.7.c.7. Opción entre las indemnizaciones de la LRT y las fundadas "...en otros sistemas de responsabilidad"

De conformidad con lo establecido por el art. 4º, párr. 2º, de la ley 26.773 (41), "Los damnificados podrán optar de modo excluyente entre las indemnizaciones previstas en este régimen de reparación o las que les pudieran corresponder con fundamento en otros sistemas de responsabilidad. Los distintos sistemas de responsabilidad no serán acumulables".

De esta manera, la opción excluyente es entre el sistema resarcitorio regulado por la LRT, o el Código Civil y Comercial de la Nación o el fundado en el art. 75, LCT.

Si opta por el sistema civil, conforme a lo establecido por el art. 17, inc. 2º, de la ley 26.773, la competencia judicial es la de los Tribunales Civiles para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y para las provincias que hayan adherido al sistema de esa ley.

Si, en cambio, la víctima opta por la vía del art. 75, LCT, son competentes, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la justicia nacional del trabajo, y en las provincias, los tribunales competentes según los ordenamientos procesales de cada una de ellas.

V.7.c.8. Recursos contra la resolución de la CMC

La res. SRT 38/2020 prevé recursos administrativos y judiciales.

(i) Recursos administrativos:

El art. 7º de la res. SRT 38/2020 establece dos recursos administrativos cuya resolución queda en manos de la CMC.

El plazo para interponer cualquiera de esos recursos es de tres [3] días hábiles, contados desde la notificación del dictamen de la CMC, y deben ser resueltos dentro del plazo de tres [3] días, contados desde la notificación de su interposición a todas las partes.

La interposición de esos recursos no interrumpe el plazo para interponer el recurso judicial de apelación (art. 7º, *in fine*, res. SRT 38/2020).

Los recursos previstos son dos:

— Recurso de rectificación, para que se corrijan los errores materiales o formales que pudiere tener el dictamen, siempre que no se altere la sustancia de la decisión.

— Recurso de revocatoria, que procede cuando existen contradicciones esenciales entre los fundamentos y la resolución o cuando esta omitió expedirse sobre alguna de las peticiones o cuestiones planteadas.

(ii) Recursos judiciales:

Si la víctima del infortunio opta por las indemnizaciones de la LRT, el art. 8º de la res. SRT 38/2020 establece que el plazo para interponer el recurso de apelación es de 15 días hábiles, que no se interrumpe por la interposición de los recursos administrativos. Si bien la norma no expresa desde cuándo comienza a correr ese plazo, consideramos que es desde la notificación de la resolución de la CMC.

Los requisitos formales del recurso son los correspondientes a cada jurisdicción.

## { NOTAS }

(38) BO del 24/02/2017.

(39) Este tipo de causalidad es atípico y no tiene antecedentes en nuestro ordenamiento jurídico civil.

(40) Dice: "Serán igualmente consideradas enfermedades profesionales aquellas otras que, en cada caso concreto, la Comisión Médica Central determi-

ne como provocadas por causa directa e inmediata de la ejecución del trabajo, excluyendo la influencia de los factores atribuibles al trabajador o ajenos al

trabajo".

(41) BO del 26/10/2012.

El recurso de apelación es directo y es ante los Tribunales Laborales de cada jurisdicción judicial, y, de no existir estos, ante los tribunales de instancia única competentes conforme al mecanismo establecido por los arts. 46, LCT, y 2º de la ley 27.348 (42).

Tratándose de una resolución de la CMC, son competentes “...los tribunales de alzada con competencia laboral o, de no existir estos, ante los tribunales de instancia única con igual competencia, correspondientes a la jurisdicción del domicilio de la Comisión Médica jurisdiccional que intervino” (art. 2º, ley 27.348).

#### V.8. Financiación

El art. 5º del DNU 367/2020 establece que el Fondo Fiduciario de Enfermedades Profesionales (FFEP) se hará cargo del pago del total de las prestaciones hasta 60 días después de la finalización del plazo del aislamiento social preventivo y obligatorio.

#### { NOTAS }

(42) BO del 24/02/2017.

(43) Número relevante de infectados en la actividad en un establecimiento determinado de esa actividad,

La res. SRT 38/2020 establece que comprende las prestaciones en especie, las correspondientes a la ILT y la indemnización por incapacidad laboral permanente (ILP) y fallecimiento (arts. 13 y 14).

Respecto de estas últimas, es necesario contar con la determinación definitiva del carácter profesional de la contingencia y el cumplimiento del procedimiento establecido por la norma (cap. 2).

La solicitud de imputaciones de pago al FFEP debe ser denunciada por las ART o los empleadores autoasegurados en el Registro de Movimientos del Fondo Fiduciario de Enfermedades Profesionales (art. 15 de la res. SRT 38/2020).

Conforme viéramos, respecto del personal de salud, la cobertura es hasta 60 días posteriores de finalizada la emergencia sanitaria, hecho este que,

cercanía o posible contacto, o hechos reveladores de que el contagio haya sido en ocasión del cumplimiento de las tareas en la actividad esencial.

conforme al DNU 260/2020, ocurrirá el 11/05/2021.

De esta manera, habría un lapso —entre la terminación de los 60 días de finalizado el aislamiento y los 60 días después de la terminación de la emergencia sanitaria— en el cual las prestaciones deberán ser afrontadas por la ART, con una peculiaridad, dado que, como no se conoce aún la latencia del virus, puede suceder que su primera manifestación invalidante suceda con posterioridad.

Por su parte, el art. 16 de la res. SRT 38/2020 delega en las Gerencias Técnicas y de Administración de las Comisiones Médicas la regulación de los procedimientos de tratamiento y registro de las contingencias, y los mecanismos de imputación de estas últimas al FFEP.

#### VI. Comentario final

Como una primera observación, cabe señalar que esta situación de emergencia pone de relieve un aspecto del sistema de riesgos del trabajo no muy tenido en cuenta, como es su vinculación y necesario anclaje en la salud pública. No hay duda de que la salud de los trabajadores hace a la salud pública, y creemos que

sería muy positivo para el sistema que aquella tuviera un rol preponderante, no solo en lo que hace al aspecto prestacional, sino también en la no menos relevante cuestión de la prevención.

Este anclaje, además, permitiría tener una noción más clara y precisa del estado de salud de la población general, y no solo de los trabajadores dependientes, para poder adoptar medidas preventivas generales.

En lo que hace específicamente al DNU comentado, podemos señalar que hubiese sido conveniente incluir al COVID-19 en el listado de enfermedades profesionales para el caso de los trabajadores de salud, evitando recurrir a un mecanismo causal engorroso.

Respecto de los restantes casos, no luce irrazonable la presunción de profesionalidad, pero lo que sí complica innecesariamente es el ida y vuelta probatorio, que no resuelve la cuestión. Con la presunción sustentada en los hechos que el DNU 367/2020 detalla (43), el mecanismo causal de las enfermedades no listadas era suficiente.

Cita on line: AR/DOC/1521/2020

# El DNU 367/2020, el ¿reconocimiento? del COVID-19 como enfermedad profesional, y el deber de prevención

Raúl A. Oyola (\*)

SUMARIO: I. Introducción.— II. ¿El reconocimiento del COVID-19 como enfermedad profesional?— III. El caso de los trabajadores de la salud.— IV. Vigencia del régimen especial.— V. El deber de prevención.

## I. Introducción

Ante la emergencia sanitaria mundial que vivimos actualmente causada por la rápida difusión del virus denominado COVID-19, declarado pandemia por la Organización Mundial de la Salud en fecha 11/03/2020, nuestro país mediante la ley 27.541 (BO 23/12/2019) declaró la emergencia sanitaria, siendo ampliada mediante decreto de necesidad y urgencia del PEN 260/2020 por el plazo de un año a partir del 12/03/2020. Posteriormente en fecha 20/03/2020 mediante decreto de necesidad y urgencia 297/2020 del PEN se dispuso la medida de aislamiento social preventivo y obligatorio (art. 1º), consistente en que las personas deberán permanecer en sus residencias habituales o en las residencias que se encontraran el día de inicio de aislamiento ordenado (art. 2º). En el art. 6º se determina quiénes quedan exceptuados de la prohibición de circular por encontrarse afectados a actividades o servicios considerados esenciales, enumerándose 24 excepciones. A posteriori se dictaron los decretos de necesidad y urgencia 325/2020, y 335/2020 extendiendo el plazo de aislamiento. Entretanto se amplia-

ron a otras 11 actividades como exceptuadas; y en fecha 26/04/2020 se publicó el decreto de necesidad y urgencia 408/2020 prorrogando el plazo de aislamiento social preventivo, hasta el día 10/05/2020 inclusive (art. 1º), luego extendido al 24 de mayo por DNU 459/2020, y disponiendo la posibilidad de que los gobernadores puedan exceptuar del cumplimiento del aislamiento obligatorio a determinadas actividades y servicios, previo cumplimiento de ciertos recaudos (art. 3º).

Una de las consecuencias de la pandemia ha sido la enorme cantidad de contagios entre la comunidad y la gran velocidad con la que se han producido, dentro de los cuales muchas de las personas afectadas por el virus COVID-19 son trabajadores tanto de las actividades relacionadas con la salud, como también de las que han sido exceptuadas del aislamiento obligatorio con el transcurso de los días.

Desde el comienzo de los contagios en nuestro país, cualquier persona que contrajera la infección prestando sus tareas, para poder tener cobertura por parte del sistema de riesgos del trabajo, debía realizar el trá-

mite ante la Comisión Médica local conforme lo establece el art. 6º de la LRT en su inc. 2º, apart. b) y c). Realizamos tal afirmación, porque el COVID-19 no quedaría encuadrado como “accidente de trabajo” ni como “enfermedad profesional”, de acuerdo con el listado previsto en el dec. 658/1996 al que remite la LRT.

En consecuencia, para que el trabajador pudiera gozar de las prestaciones en especie previstas por el art. 20 de la LRT, y en caso de corresponder, las prestaciones dinerarias de la LRT, previamente la Comisión Médica Jurisdiccional tenía que considerar configurado el nexo causal entre las tareas desarrolladas y la infección padecida, para así ordenar a la ART contratada por el empleador de la persona infectada que brinde la cobertura de acuerdo con la LRT; asimismo debía remitirse de oficio el dictamen a la Comisión Médica Central para ser confirmado o revocado.

El trámite previo que debía realizar el trabajador no solo resultaba engorroso, sino que, además, en los casos de empleados que debían ser internados en una institución médica debido a la enfermedad, solo podían iniciar el trámite ante la Comisión Médica Jurisdiccional una vez que fueran dados de alta médica, debiendo cubrir mientras tanto los gastos médicos por su cuenta, debiendo abonar con sus propios ingresos cada suma de dinero que no fuera cubierta por su obra social.

Para evitar situaciones como la señalada en el párrafo precedente, se presentaron

acciones de amparo con la finalidad de obtener la cobertura del COVID-19 por parte de las ART. Así, en la causa “Cáceres, Carolina Alejandra c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, el Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo, de Feria, en fecha 01/04/2020 (AR/JUR/6674/2020), hizo lugar a la medida cautelar solicitada por la trabajadora, ordenando al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires a dar estricto cumplimiento a la entrega de los equipos de protección personal y a Provincia ART a arbitrar los medios de prevención y control necesarios, bajo apercibimiento de astreintes diarias; y un día después se ordenó idéntica medida contra el Hospital Italiano y La Segunda ART, a los fines de que se proporcionen las medidas de seguridad necesarias para el personal.

Ello fue así hasta que el día 13/04/2020 el Poder Ejecutivo Nacional dictó el decreto de Necesidad y Urgencia 367/2020, norma que trata de generar un marco de certeza respecto a la cobertura de trabajadores que prestan servicios esenciales o en actividades declaradas esenciales, y exceptuadas del cumplimiento del aislamiento, social, preventivo y obligatorio.

## II. ¿El reconocimiento del COVID-19 como enfermedad profesional?

Lo primero que consideramos pertinente poner en relieve es que el DNU 367/2020 “no” incorpora al COVID-19 al listado de enfermedades profesionales del dec. 658/1996 y normas complementarias.

#### { NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(\*) Abogado (Universidad de Mendoza). Magíster en derecho del trabajo y rel. lab. int. (UNTREF). Posgraduado en derecho procesal del trabajo y derecho societario en la Universidad Nacional de Cuyo. Coordinador Académico y de extensión y vinculación de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza (sede San Rafael). Secretario del Instituto de Investigación en derecho laboral de la UM. Profesor de Derecho del Trabajo II, D, Int. Privado, y Práctica Profesional en la FCJS de la Universidad de Mendoza.

El DNU 367/2020 en su art. 1º establece que “la enfermedad COVID-19 producida por el coronavirus SARS-CoV-2 se considerará *presuntivamente* una enfermedad de carácter profesional —no listada— en los términos del apart. 2º, inc. b) del art. 6º de la ley 24.557, respecto de las y los trabajadores dependientes excluidos, mediante dispensa legal y con el fin de realizar actividades declaradas esenciales, del cumplimiento del aislamiento social, preventivo y obligatorio ordenado por el dec. 297/2020 y sus normas complementarias, y mientras se encuentre vigente la medida de aislamiento dispuesta por esas normativas, o sus eventuales prórrogas, salvo el supuesto previsto en el art. 4º del presente decreto”.

El art. 1º de la nueva norma es claro respecto a no incorporar al COVID-19 como enfermedad profesional, sino dentro de la categoría de “enfermedad profesional no listada”, debiendo en consecuencia tramitar su reconocimiento como tal —en períodos fuera del ámbito de vigencia del DNU 367/2020— ante las Comisiones Médicas y de acuerdo con el procedimiento previsto por el art. 6.2.b de la ley 24.557.

Lo trascendente del DNU 367/2020 es que, transitoriamente —únicamente mientras dure el período de vigencia del DNU 297/2020 y sus prórrogas, y para el personal de salud hasta finalizado el plazo de emergencia sanitaria del DNU 260/2020 y sus eventuales prórrogas—, establece un régimen especial a efectos de simplificar y agilizar el trámite de reconocimiento de la contingencia como enfermedad profesional, disponiendo que, cuando un trabajador estime que ha contraído el COVID-19 en la prestación de servicios, realizando alguna de las actividades exentas del aislamiento social preventivo y obligatorio, y se realice la denuncia ante la ART contratada por el empleador, la aseguradora deberá brindar al trabajador las prestaciones en especie y dinerarias de la ley 24.557 al *presumirse* que la enfermedad ha sido causada por el trabajo.

El art. 2º del decreto analizado establece que las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo no podrán rechazar la cobertura de las contingencias previstas en el art. 1º y deberán otorgar en forma inmediata las prestaciones previstas en la ley 24.557 y sus normas modificatorias y complementarias al tomar conocimiento de la denuncia del infortunio laboral, la que deberá estar *acompañada del correspondiente diagnóstico confirmado por entidad debidamente autorizada* (1).

Lo importante es que el DNU 267/2020 desde la recepción de la denuncia impone a las aseguradoras la obligación de brindar las prestaciones dinerarias y en especie; e impide a las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo rechazar la denuncia bajo el argumento de no ser el COVID-19 una enfermedad profesional listada.

### III.1. El procedimiento

El art. 3º del DNU 367/2020 coloca en cabeza de la Comisión Médica Central la determinación definitiva del carácter profesional de la infección por COVID-19, señalando que entenderá originariamente a efectos de confirmar la presunción prevista en el art. 1º de la misma norma.

Encontrándose la Comisión Médica Central en Buenos Aires, y posiblemente ante la posible embestida constitucional contra el

procedimiento, por no sustanciarse trámites previos ante las Comisiones Médicas locales (cfr. art. 3º de la norma analizada), la reglamentación del DNU 367/2020 (res. 38/2020 de la SRT, BO 29/04/2020) en su art. 3º establece que el trámite para la determinación definitiva del carácter profesional de la enfermedad COVID-19 deberá ser iniciado a través de la Mesa de Entradas de la Comisión Médica Jurisdiccional (C.M.J.) correspondiente al domicilio del trabajador o mediante la Mesa de Entradas Virtual que se habilitará al efecto (2); y deberá contar con patrocinio letrado obligatorio (cfr. art. 9º de la reglamentación). También se establece que *se prescindirá de la audiencia médica de examen físico*, debido a que el diagnóstico confirmado de COVID-19 es presupuesto necesario de la cobertura prevista en los arts. 1º y 2º del DNU 367/2020 (art. 5º de la reglamentación). Por último, y para tratar de evitar planteos de inconstitucionalidad referidos a la limitación del derecho a acceder a la justicia —como sucediera en los precedentes donde la Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad de las Comisiones Médicas: precedentes “Castillo” en 2004, “Obregón” en 2012, entre otras—, el art. 8º de la resolución 38/2020 de la SRT, al referirse al Recurso de Apelación, establece: “El decisorio de la Comisión Médica Central (C.M.C.), emitido en ejercicio de la competencia originaria conferida por el art. 3º del decreto de Necesidad y Urgencia 367/2020, será recurrible en los términos de lo previsto en el art. 46 de la Ley 24.557 y el art. 2º de la Ley 27.348, mediante recurso directo, por cualquiera de las partes, *ante los tribunales de alzada del fuero laboral de la jurisdicción correspondiente* o, de no existir estos, ante los tribunales de instancia única que resulten competentes...”.

La reglamentación, además, determina los recaudos formales de la presentación que se realice ante la Comisión Médica (art. 3º), el traslado que debe otorgarse a la ART (art. 4º), el plazo para que la CMC dictamine (art. 6º), y los recursos administrativos que pueden interponerse (art. 7º), lo referente a domicilios y notificaciones (art. 10) y el modo de computar los plazos (art. 11), entre otras disposiciones que no hacen al efecto del presente análisis.

Lo que debe resaltarse es que para las infecciones por COVID-19, el DNU 367/2020 y la res. 38/2020 de la SRT establecen un procedimiento administrativo *especial y diferente* al previsto por el art. 6º, inc. 2º en los apart. b) y c) de la ley 24.557 y el dec. 410/2001, *excluyendo a todas las demás normas que se le opongan*, lo que implica que una vez recibida por parte de la ART la denuncia por infección de coronavirus, junto a la certificación del diagnóstico, conforme lo prevé la norma reglamentaria (cfr. art. 1º, apart. 1º), la aseguradora inmediatamente deberá comenzar a otorgar y abonar las prestaciones previstas por la LRT, continuando el trámite al elevarlo a la Comisión Médica Central, para que en definitiva resuelva en instancia administrativa, quedando sujeto el dictamen a la posterior revisión judicial (art. 8º).

La especialidad del procedimiento administrativo creado, con la exclusión de la demás normativa, expresamente ha sido señalada por el art. 12 de la res. 38/2020 de la SRT, que señala: “El procedimiento *especial* establecido en la presente resolución para el trámite administrativo previsto en los arts. 3º y 4º del decreto de Necesidad y Urgencia 367/2020 *será de aplicación exclu-*

*yente* de los procedimientos previstos en las normas que regulen otros trámites ante las Comisiones Médicas.

En razón de lo dispuesto en el párrafo precedente, y con tales limitados y precisos alcances, resultarán *inaplicables* al procedimiento regulado por la presente resolución todos los preceptos que se le opongan, establecidos en otras normas, así como en el dec. 717 de fecha 28 de junio de 1996, con las reformas introducidas por el dec. 1475 de fecha 29/07/2015, y las resoluciones SRT 179 de fecha 21 de enero de 2015 y 298/2017”.

### III.2. Carga de la prueba

El art. 3º del DNU 367/2020, a los fines de confirmar la presunción creada en el art. 1º de la misma norma, señala que la Comisión Médica Central examinará si se verifica la imprescindible y necesaria relación de causalidad directa e inmediata de la enfermedad denunciada con el trabajo efectuado en el referido contexto de dispensa del deber de aislamiento social, preventivo y obligatorio. Los efectos de la presunción inicial prevista en el art. 1º llegarán hasta el momento del examen por parte de la Comisión Médica Central —excepto para el personal de salud conforme analizaremos en el punto III cfr. art. 4º de la norma—; y la carga de la prueba de la relación de causalidad entre la actividad desarrollada y la infección por COVID-19 en principio pesa en cabeza del trabajador infectado.

Aquí aparece una nueva disposición novedosa en el párr. 2º del art. 3º, al permitir que la Comisión Médica Central *pueda* invertir la carga de la prueba de la relación de causalidad a favor del trabajador, cuando se constate la existencia de un número relevante de infectados por la enfermedad COVID-19 en actividades realizadas en el referido contexto, y en un establecimiento determinado en el que tuvieren cercanía o posible contacto, o cuando se demuestren otros hechos reveladores de la probabilidad cierta de que el contagio haya sido en ocasión del cumplimiento de las tareas desempeñadas en el marco referido en el art. 1º. Es decir que si la víctima del COVID-19 acredita alguno de los supuestos o indicios que prevé la norma —y la CMC así lo dispone—, operará la carga dinámica de la prueba desplazándose hacia a la ART; y en este caso a la aseguradora cabrá destruir la presunción que pesa en su contra, acreditando que el contagio se ha debido a otros motivos.

Entendemos que a través del procedimiento creado por el DNU 367/2020 y su norma reglamentaria se ha buscado simplificar el trámite administrativo para quienes se vean infectados por el COVID-19, a través de un régimen probatorio y presuncional, más ágil y sencillo que el tradicional de la LRT, pudiendo resultar sumamente útil la solución aplicada, aunque consideramos que puede llegar a verse dificultada la agilidad del trámite, por ser profesionales médicos los que llevarán adelante el procedimiento ante la Comisión Médica Central —y considerando que los temas probatorios y presuncionales no les resultan tan familiares—, ello aunque el trabajador cuente con patrocinio letrado y deba realizarse un dictamen del Secretario Técnico Letrado (Cfr. art. 6º, res. 38/2020 SRT). Esperemos equivocarnos...

### III. El caso de los trabajadores de la salud

El art. 4º del DNU 367/2020 establece un régimen diferente para los casos de trabaja-

dores de la salud, señalando que “se considerará que la enfermedad COVID-19, producida por el coronavirus SARS-CoV-2, *guarda relación de causalidad directa e inmediata con la labor efectuada, salvo que se demuestre, en el caso concreto, la inexistencia de este último supuesto fáctico.*

Aquí aparece una diferenciación a favor del personal de la salud, dado que no será la Comisión Médica Central la que decidirá si resulta aplicable la presunción e inversión de la carga de la prueba, sino que, por expresa disposición de la norma, la causalidad directa e inmediata no necesita ser demostrada, por lo que se trata directamente de una enfermedad profesional específica, salvo prueba en contrario a cargo de la ART.

A fin de aclarar quiénes podrán ser considerados trabajadores de salud, la res. 38/2020 de la SRT, en su cap. V, titulado “Disposiciones Aclaratorias”, establece en el art. 18 que “A los efectos de lo dispuesto en el art. 4º del Decreto de Necesidad y Urgencia 367/2020, se entenderá como trabajadores/as de la salud, con carácter meramente enunciativo, al personal médico, de enfermería, auxiliares (entendiéndose por tal camilleros, choferes de ambulancia y de transporte de residuos patológicos, mucamas; personal de limpieza y empresas de saneamiento, incluyendo residuos patológicos), de esterilización, administrativos, de vigilancia, secretarías de servicios, mantenimiento, kinesiólogos, bioquímicos (laboratorio y toma de muestras) y todas aquellas actividades desarrolladas en cumplimiento de tareas asistenciales en los tres niveles de atención (guardia, internación y terapia intensiva), debidamente identificados con arreglo a los Clasificadores Industriales Internacionales Uniformes (CIU) contenidos en el Anexo de Firma Conjunta IF-2020-28303075-APN-GP#SRT que forma parte de la presente resolución (3).

En el caso de las personas que presten servicios como trabajadores de la salud, bastará con acreditar que pertenecen a dicha actividad para que se tenga por cierta la vinculación entre el trabajo o actividad laboral y la patología.

A diferencia de los trabajadores comprendidos en el art. 1º del DNU 367/2020, los trabajadores de la salud no deberán acreditar ningún indicio —como exige el art. 3º de la norma respecto del resto de las actividades excluidas del aislamiento social preventivo y obligatorio— para gozar de la presunción legal, porque el art. 4º expresamente ya la dispone.

Al tratarse de una presunción *iuris tantum*, la ART contratada por el empleador podrá aportar pruebas para acreditar que el contagio se ha debido a una circunstancia diferente al trabajo.

### IV. Vigencia del régimen especial

El DNU 367/2020 fue publicado el 14/04/2020 en el Boletín Oficial, con lo que en circunstancias normales comenzaría su vigencia a partir de dicha fecha; no obstante lo cual, el art. 7º de la norma en estudio señala que sus disposiciones *se aplicarán a las contingencias cuya primera manifestación invalidante se haya producido a partir de la entrada en vigencia del DNU 297/2020 de fecha 19 de marzo de 2020*. En consecuencia, será a partir del 20/03/2020 la fecha de aplicación del régimen procedimental especial que prevé la

### { NOTAS }

(1) En fecha 29/04/2020 se publica la resolución 38/2020 de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, reglamentaria del DNU 367/2020, estableciendo en su art. 1º, apart. 1º, que se determina como requisito formal el estudio de diagnóstico de entidad sanitaria incluida en el Registro Federal de Establecimientos de Salud (RE-

FES) creado por la resolución del Ministerio de Salud de la Nación (MSN) 1070 de fecha 26 de junio de 2009, con resultado positivo por coronavirus COVID-19, debidamente firmado por profesional identificado y habilitado por la matrícula correspondiente.

(2) Al día 02/05/2020 no se encuentra en funciona-

miento la Mesa de Entradas Virtual a que hace referencia el art. 17 de la resolución 38/2020 de la SRT, por lo que en fecha 30/04/2020 mediante resolución 40/2020 de la SRT se dispuso que pueda realizarse el trámite para determinar el carácter profesional del COVID-19 a través del módulo “Trámites a Dis-

tancia” (TAD del Sistema de Gestión Documental Electrónica (GDE) aprobado por el dec. 1063 de fecha 04/10/2016.

(3) El anexo I a la resolución 38/2020 enumera 21 actividades conforme a los Clasificadores Industriales Internacionales Uniformes (CIU).

norma en crisis (fecha de publicación en el BO).

Nos encontramos frente a una excepción a la regla conforme a la cual las leyes no tienen efecto retroactivo. Así lo dispone el art. 7º del Cód. Civ. y Com., pero dicha norma establece también en su segundo párrafo que excepcionalmente se admite la retroactividad cuando expresamente se la prevé, tal como sucede con el DNU 367/2020.

No podemos pasar por algo que el segundo párrafo *in fine* del art. 7º del Cód. Civ. y Com. señala que “La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales”. Esto en principio podría considerarse sujeto a planteos de índole constitucional por afectación del derecho de propiedad por parte de las ART, pero al haberse previsto en el DNU 367/2020 (cfr. art. 5º) y res. 38/2020 (art. 13) que el financiamiento de las prestaciones será a cargo del Fondo Fiduciario de Enfermedades Profesionales (dec. 590/1997 y DNU 1278/2000), la legitimación activa por parte de las aseguradoras resultaría de muy dudosa validez.

Al tratarse de un régimen especial y transitorio, la vigencia del procedimiento previsto por el DNU 367/2020 se extenderá —dependiendo de la actividad que desarrollen los trabajadores— hasta la finalización del Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio y de la emergencia sanitaria según el caso. Para los trabajadores exceptuados del aislamiento obligatorio (cfr. art. 1º), pero que no pertenecen a la categoría de personal de salud, finalizará la protección especial cuando finalice el aislamiento previsto por el DNU 297/2020 y sus prórrogas. En cambio, para los trabajadores de la salud comprendidos en el art. 4º del DNU 367/2020 y res. 38/2020 de la SRT (Cfr. art. 18 y anexo), el régimen especial caduca a los 60 días desde la finalización de la emergencia sanitaria dispuesta por el DNU 260/2020 y sus eventuales prórrogas. Conforme ha dispuesto la reglamentación en su art. 11 y al tratarse de una norma procesal, el plazo se computará en días hábiles.

Vencidos los plazos enunciados precedentemente, todo trabajador que haya sido contagiado en ocasión de su trabajo, deberá realizar el procedimiento habitual de la LRT —art. 6º, inc. 2º, apart. b) de la ley 24.557 y del dec. 410/2001—, ante la Comisión Médica Jurisdiccional.

Entendemos que ha quedado una situación de vacío respecto a los trabajadores comprendidos en el art. 1º del DNU 367/2020 —exentos del Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio pero que no pertenecen al sector salud—, que se hubiesen contagiado antes de la finalización del aislamiento, pero que toman conocimiento con posterioridad a su cese. En la resolución 38/2020 de la SRT nada se dijo al respecto, por lo que consideramos que se ha dejado pasar una oportunidad valiosa de brindar la cobertura especial del procedimiento del DNU 367/2020 a quienes aún no tengan los síntomas de la enfermedad, pero se encuentren en período de incubación del virus —la sintomatología suele evidenciarse entre el quinto día y el 14, desde que ha sido contraída, según la información médica disponible hasta el momento—.

#### { NOTAS }

(4) Al día 02/05/2020 ya habían fallecido 9 personas, y habían sido contagiadas 764 trabajadores que se desempeñan en el ámbito de la salud. Véase <https://www.infobae.com/sociedad/2020/05/02/coronavirus-en-argentina-ya-son-9-los-muertos-en-el-area-de-salud-y-sigue-aumentando-el-numero-de-contagios/>.

## V. El deber de prevención

La velocidad con la que la pandemia por COVID-19 irrumpió en todo el mundo ha generado que deban llevarse adelante medidas contra reloj para tratar de morigerar los efectos que el virus ha provocado en todos los aspectos de la vida diaria. Nuestro país no ha sido la excepción, donde, además de la medida de Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio, se ha dispuesto un sinnúmero de normas para regular diferentes situaciones derivadas de la enfermedad. En dicho marco se han dictado las diferentes normas analizadas en el presente trabajo, referidas a la cobertura por el sistema de riesgos del trabajo a los trabajadores exceptuados del aislamiento obligatorio. Pero como suele suceder cuando la premura es la regla, suelen dejarse en un segundo plano cuestiones muy importantes; y por ello decidimos dedicar el último punto de nuestro estudio al muchas veces olvidado *deber de prevención*, y su especial situación frente al COVID-19.

Sabido es que la prevención de los riesgos del trabajo —muchas veces relegada por las reparaciones dinerarias— debe ser el objetivo principal del sistema de riesgos del trabajo. Y frente la vorágine sanitaria que enfrentamos hoy en día, muchas veces la prevención se realiza de manera totalmente deficiente (4) y solo llevada adelante por el esfuerzo individual de los propios trabajadores.

No podemos olvidar que la ley 24.557 en su art. 1º, inc. 1º) dispone que “la prevención de los riesgos y la reparación de los daños derivados del trabajo se regirán por esta LRT y sus normas reglamentarias”. En el inc. 2º) establece que “Son objetivos de la ley sobre Riesgos del Trabajo reducir la siniestralidad laboral a través de la prevención de los riesgos derivados del trabajo”, entre otras que enumera el mentado art. 1º. En igual sentido, el art. 4º dispone que “los empleadores y los trabajadores comprendidos en el ámbito de la LRT, así como las propias ART, están obligados a adoptar las medidas legalmente previstas para prevenir eficazmente los riesgos del trabajo. En el inc. 2º) establece que los contratos entre la ART y los empleadores incorporarán un Plan de Mejoramiento de las condiciones de higiene y seguridad que indicará las medidas y modificaciones que los empleadores deban adoptar en cada uno de sus establecimientos para adecuarlos a la normativa vigente. La ART controlará la ejecución del Plan de Mejoramiento y está obligada a denunciar los incumplimientos a la Superintendencia de Riesgos del Trabajo (SRT) (inc. 4º).

En igual sentido, la ley 19.587 (Ley de Higiene y Seguridad en el Trabajo) dispone en el art. 4º que la higiene y seguridad en el trabajo comprenderá las normas técnicas y medidas sanitarias, precautorias, de tutela o de cualquier otra índole que tengan por objeto: a) proteger la vida, preservar y mantener la integridad psicofísica de los trabajadores; b) prevenir, reducir, eliminar o aislar los riesgos de los distintos centros o puestos de trabajos; y c) estimular y desarrollar una actitud positiva respecto de la prevención de los accidentes o enfermedades que puedan derivarse de la actividad laboral. El art. 7º de la misma normativa establece que “las reglamentaciones de las condiciones de seguridad en el trabajo deberán considerar primordial-

mente: d) equipos de protección individual de los trabajadores; e) prevención de accidentes de trabajo y enfermedades del trabajo. Se establece también en el art. 8º que *todo empleador debe adoptar y poner en práctica las medidas adecuadas de higiene y seguridad para proteger la vida y la integridad de los trabajadores*, siendo obligación de los empleadores disponer la revisión periódica del personal, registrando sus resultados en el respectivo legajo de salud (art. 9º).

Es destacable que uno de los objetivos primordiales de la LRT ha sido la reducción de la siniestralidad a través de la prevención de los riesgos, estableciendo obligaciones en cabeza de las aseguradoras (art. 1º, apart. 2º, inc. a) y art. 4º, apart. 1º de la ley 24.557) y empleadores (art. 4º de la LRT, arts. 7º, incs. d) y e), y 8º de la ley 19.587). Resulta importante recordar lo señalado por la Corte Suprema en la causa “Torrillo”, del 31/03/2009, cuando sostuvo que la índole primaria, sustancial o primordial dada a la faz preventiva en materia de accidentes y enfermedades del trabajo, se impone fundamentalmente por su indudable connaturalidad con el principio protectorio enunciado en el art. 14 bis de la CN (“el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes”), que además, dispone que estas últimas deberán asegurar al trabajador “condiciones dignas y equitativas de labor”. La Corte sostuvo también que la LRT, para el logro del mentado objetivo de prevención, creó un sistema en el cual las ART tienen “una activa participación”, a través del rol fiscalizador, que representa un paso novedoso que potencia los controles sobre las empresas. La prevención en la protección de la salud y de la integridad física del trabajador es el presupuesto legítimo de la prestación de servicios (cfr. fallo “Aquino”, voto de la Dra. Highton de Nolasco).

Lamentablemente el marco actual del aislamiento y la velocidad con que se ha desencadenado el avance de la pandemia atentan contra las tareas de prevención en cabeza de las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo. A ello debe sumarse que los costos de las prestaciones previstas en el DNU 367/2020 sean soportados por el Fondo Fiduciario de Enfermedades Profesionales tampoco incentiva a que los aseguradores redoblen esfuerzos para prevenir los contagios en el ámbito laboral.

Por ello entendemos que resultará fundamental la labor de las entidades sindicales representativas de los trabajadores que se encuentran exceptuados del Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio, para que sean estas quienes requieran a los empleadores la íntegra y oportuna entrega de elementos de protección personal para los trabajadores, además, de instar a las ART para que controlen la provisión del equipamiento y elementos para garantizar la integridad física de los trabajadores, como también arbitren los medios —que bajo la modalidad virtual puede ser una opción— a fin de capacitar al personal para la prevención de contagios y, en su caso, denuncien los incumplimientos en que incurra el empleador por ante la SRT.

Si bien la SRT emitió la disposición 5/2020 (BO 28/03/2020), donde en sus cuatro anexos establece una serie de recomendaciones que los empleadores y trabajadores deben seguir tanto en su desplazamiento desde el domicilio hasta el lugar de trabajo y viceversa, como también respecto a la manipulación y manejo de sus artículos personales y elementos de protección personal, no es menos cierto que sin el efectivo cumplimiento y contralor respecto a las disposiciones de la Ley de Higiene

ne y Seguridad en el Trabajo, las recomendaciones se tornan letra muerta; así como la vorágine diaria del trabajo genera que se olviden las recomendaciones —o en muchos casos que ni siquiera puedan ser leídas por los empleados que deben prestar su labor en la actualidad—, viéndose esto reflejado en la cantidad de trabajadores que han sido contagiados cumpliendo sus tareas desde el inicio de la pandemia.

No podemos olvidar que el art. 75 de la LCT al referirse el deber de seguridad del empleador, en su segundo párrafo señala que “está obligado a observar las disposiciones legales y reglamentarias pertinentes sobre *higiene y seguridad en el trabajo*. El trabajador podrá rehusar la prestación de trabajo, sin que ello le ocasiona pérdida o disminución de la remuneración, si el mismo le fuera exigido en transgresión a tales condiciones, siempre que exista peligro inminente de daño o se hubiera configurado el incumplimiento de la obligación mediante la constitución en mora...”. Es decir que ante la falta de provisión de los elementos de protección personal por parte del empleador, el trabajador que debe cumplir tareas a pesar del aislamiento podría rehusarse a prestar su tarea hasta que no se le entreguen los Equipos de Protección Personal (EPP), debido a que la infección por COVID-19 implica un *peligro concreto e inminente de sufrir un menoscabo en su salud*, pudiendo también optar por emplazar a su empleador por medio fehaciente a que le entregue los elementos para su seguridad, bajo apercibimiento de no prestar tareas, encontrándose justificado su accionar si continúa el actuar reticente por parte de aquel.

En definitiva, entendemos que no es tiempo de enfrentamientos ni actitudes mezquinas, por lo que todos los involucrados —empleadores, sindicatos, aseguradoras de riesgos del trabajo y trabajadores— tienen que colaborar en la tarea de prevención, para evitar contagios por parte de los trabajadores que tienen que desempeñar su labor a pesar del aislamiento, exponiéndose a ser infectados por el coronavirus. Como sociedad debemos evolucionar y pensar en todos esos trabajadores, que, evidentemente, merecen que los cuidemos.

Cita on line: AR/DOC/1523/2020

#### 📄 MÁS INFORMACIÓN

**Balbín, Adolfo N.**, “La judicatura comienza a aplicar el DNU 329/20 que prohíbe los despidos y las suspensiones en el marco de la pandemia provocada por el COVID-19”, LA LEY 07/05/2020, 8, AR/DOC/1497/2020; “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”, LA LEY 21/04/2020, 2, AR/DOC/1095/2020

**Gómez Orellano, Julio**, “Medida cautelar ordenando la reinstalación del trabajador con fundamento en el DNU 329/20”, LA LEY 07/05/2020, 8, AR/DOC/1440/2020

**De Diego, Julián A.**, “Efectos en las relaciones laborales del DNU que impone el aislamiento preventivo obligatorio”, IMP - Práctica Profesional 2020-LXXIV, 100, AR/DOC/842/2020

#### 📖 LIBRO RECOMENDADO

**Regímenes Laborales Especiales - 3º Edición Actualizada y Ampliada**  
 Coordinador: Khedayán, Eugenia P.  
 Autor: Foglia, Ricardo A.  
 Edición: 2019  
 Editorial: La Ley, Buenos Aires