

Revista de **DERECHO LABORAL**

Actualidad

SUPLEMENTO DIGITAL

El impacto del coronavirus en las relaciones laborales

Dossier N° 2

JOSÉ DANIEL MACHADO – CÉSAR ARESE

Directores

DIEGO GUIRADO

Coordinador



**RUBINZAL - CULZONI
EDITORES**

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

ÍNDICE

Presentación.....	3
Apuntes para un borrador sobre las primeras impresiones acerca del DNU 329/2020, por José Daniel Machado.....	4
Preguntas prácticas (y sus respuestas) sobre los alcances de la prohibición de despedir en forma incausada y por fuerza mayor y falta o disminución de trabajo impuesta por el DNU 329/2020, por Diego J. Tula.....	7
Una posible forma de encarar la infección COVID-19 desde la Ley sobre Riesgos del Trabajo, por Miguel Ángel Maza.....	18
La necesidad de la negociación colectiva como forma de sortear la crisis. Hacia la responsabilidad, por Horacio Las Heras.....	24
Trabajo y coronavirus, por Jorge Sappia.....	30
El deber de prevención y el riesgo viral, por Ricardo Francisco Seco.....	32
La solidaridad necesaria y la esperanza posible. Reflexiones sobre el COVID-19 y su impacto en el mundo del trabajo, por Daniela Favier.....	40
Remuneraciones, suspensiones y despidos en el contexto de la emergencia sanitaria, por Gonzalo Barciela.....	46
Trabajo a distancia, remoto o a domicilio en el marco de la crisis sanitaria, por Aníbal Cuadrado.....	52
Coronavirus: una mirada sistémica en el marco de la relación laboral y el Derecho del Trabajo, por Sebastián Serrano Alou.....	57
El coronavirus y las tareas de cuidado, por María Fabiana Sosa.....	69
Superposición de licencia ordinaria y aislamiento social preventivo y obligatorio, por Juan Facundo Machado.....	75
Medidas adoptadas en materia laboral en España, Italia y Chile a causa del COVID-19, por Nahuel Nehuen Espinillo.....	79
El coronavirus y los derechos laborales en Brasil: sueldos y vacaciones en situación de calamidad pública, por Luiz Henrique Sormani Barbugiani y Antônio Augusto Bonatto Barcellos.....	85

PRESENTACIÓN

El Dossier N° 1 sobre *El impacto del coronavirus en las relaciones laborales*, publicado como Suplemento Digital de la Revista de Derecho Laboral Actualidad, obtuvo una importante difusión y repercusión nacional e internacional. Cuando esto ocurría, la expansión mundial de la pandemia de coronavirus y la amenaza creciente sobre Argentina, motorizaron en nuestro país el dictado de nuevas y profundas normas con repercusiones directas en materia laboral. Se transita un período excepcional tras el dictado del DNU 329 del 31/03/2020 por el cual se prohibieron por 60 días los despidos sin causa y por falta o disminución de trabajo y fuerza mayor, al igual que las suspensiones por estas últimas dos causales; esta cuestión ocupa parte de la presente nueva entrega. Sin embargo, no es el único tema enfocado aquí. La prevención de riesgos y las consecuencias de los contagios, la negociación colectiva, el componente remuneratorio y las suspensiones laborales, el nuevo teletrabajo e inclusive el análisis de las respuestas jurídicas que se están elaborando en otros países, entre otros temas, son analizados en este Dossier N° 2 de la Revista de Derecho Laboral Actualidad. Los autores merecen un especial agradecimiento, por sus prontas y pensadas colaboraciones. Mientras se prepara un tercer y muy importante Dossier, continuamos trabajando con nuestra contribución solidaria a la doctrina nacional e internacional.

JOSÉ DANIEL MACHADO – CÉSAR ARESE

Directores

DIEGO GUIRADO

Coordinador

APUNTES PARA UN BORRADOR SOBRE LAS PRIMERAS IMPRESIONES ACERCA DEL DNU 329/2020

por José Daniel MACHADO

Cita: RC D 1506/2020

Se realiza un primer abordaje al reciente de DNU 329/2020 por el cual se dispone la prohibición del despido inmotivado (o injustificado, o sin causa, o arbitrario) y de los despidos y suspensiones dispuestas con invocación de la fuerza mayor o falta o disminución de trabajo (arts. 247 y 221, LCT) por el plazo de 60 días desde la publicación en el Boletín Oficial.

Tiempos de cuarentena, de rutinas desquiciadas, desvelos y ansiedades que no reconocen horario ni prudencia. 4:40 de la madrugada del miércoles primero de abril, lectura viciosa del Boletín Oficial, DNU sobre despidos. ¿Orzak en Netflix o comentario? Ataque de responsabilidad social. Pienso en Rimbaud, su enfermedad, su “temporada en el infierno” y, como él, arranco estas hojas del diario de mi condena:

Efecto Vilma: A diferencia de lo que venía sucediendo hace ya demasiado tiempo, la redacción de la norma es clara y no deja lugar a equívocos ni segundas interpretaciones.

1. Nostalgia: La mención en los considerandos al PIDESC, al fallo “Aquino” y aquella melodía acerca de la “preferente tutela constitucional” del trabajador, el diálogo de fuentes con el CC y C y con el Documento OIT del 20 de marzo sobre “Las normas de la OIT y el COVID-19”, nos remontan a un pasado reciente de enriquecida argumentación jurídica.
2. Vigencia: La norma, según su art. 6, empieza a regir –empezó- el día de su publicación en el Boletín Oficial (no al siguiente) lo que sucedió en la página 7 del Suplemento del 31/03/2020. De modo que al fijarse un plazo de sesenta (60) días, y según lo que dispone el art. 6 del CCC acerca del carácter supletorio de sus reglas, la prohibición estará vigente entre las 0 horas del día 31 de marzo y las 24 horas del día viernes 29 de mayo de 2020.
3. Prohibición: la norma “eleva” al estatus jurídico de acto con objeto ilícito al despido inmotivado (o injustificado, o sin causa, o arbitrario), al

- igual que a los despidos y suspensiones dispuestas con invocación de la fuerza mayor o falta o disminución de trabajo. En la medida en que el preaviso del empleador es “un despido sometido a plazo suspensivo” tampoco se puede cursarlo válidamente durante la veda, salvo que se especifique que comenzará a correr después del cese de la misma.
4. Consecuencia: de producirse uno de esos actos de objeto ilícito, como no podía ser de otra manera, es sancionado con la ineficacia. Ello supone que el acto es nulo y por ende no produce los efectos pretendidos por el empleador, no extingue ni suspende la relación de trabajo. Si no se ejecuta es por acto imputable al empleador, de modo que el salario se devenga igual toda vez que el trabajador continúe a disposición. Acaso convenga mencionar esa disponibilidad en el telegrama en que se impugna el despido.
 5. En la práctica: el afectado por un despido tiene derecho a la reincorporación al puesto de trabajo, además de los salarios que haya dejado de percibir a consecuencia del acto ilícito, esto es, entre la materialización del cese antijurídico y la efectiva reincorporación.
 6. Alternativa: como en todos los casos en que la ley impone una nulidad o ineficacia, el que puede invocarla, el trabajador despedido en este caso, tiene la alternativa de demandar la indemnización por el despido injusto que, dada la normativa vigente, consistirá en el doble de lo previsto en los arts. 232, 233 y 245, LCT.
 7. Excepción: el DNU deja a salvo la posibilidad de acordar individual o colectivamente, sujetas a homologación, suspensiones por causas económicas en las que se abone una compensación económica no remuneratoria (según el art. 223 bis, LCT).
 8. Procesalmente: el trabajador despedido puede utilizar para esa reincorporación la vía del amparo del art. 43 CN en la medida en que la urgencia es autoevidente –surge de la normativa misma que lo funda- y la arbitrariedad e ilegalidad resulta “manifiesta”. Ello si no hubiere en el ordenamiento procesal local alguna vía tanto o más expeditiva.
 9. Medida cautelar: en cualquier caso, siendo el *fumus bonis juris* y el *periculum in mora* igualmente autoevidentes, al proveer la demanda puede y debe disponerse una medida cautelar inaudita parte.
 10. Suspensiones: además de los salarios perdidos por la suspensión nula, considerar si el trabajador afectado por la misma puede hacer denuncia del contrato (art. 246, LCT). Por analogía con cuanto sucede con los representantes sindicales –única analogía posible en nuestro ordenamiento- resulta que la suspensión prohibida es injuriosa en sí misma.
 11. Despido indirecto: recordar el Plenario CNAT “Ruiz c/UADE” (N° 310,

de marzo de 2006) en cuanto a la asimilación jurídica de las consecuencias entre el despido sin causa y el despido indirecto justificado. Se sigue de allí que si el empleador invoca una causa disciplinaria según art. 242, LCT para despedir durante la veda, y luego no prueba el motivo, o lo prueba pero el juez considera desproporcionada la relación incumplimiento/sanción, el trabajador podría demandar la reincorporación y los salarios caídos.

12. En suma, estamos por 60 días bajo un régimen de estabilidad propia.
13. Lo que es una posibilidad constitucional, según el inc. “d”, art. 7 del Protocolo adicional de San Salvador a la Convención Americana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica, y la doctrina de nuestra CSJN en las causas “Madorrán” y “Álvarez”: la Constitución Nacional no impone la estabilidad propia, pero tampoco la prohíbe.

PREGUNTAS PRÁCTICAS (Y SUS RESPUESTAS) SOBRE LOS ALCANCES DE LA PROHIBICIÓN DE DESPEDIR EN FORMA INCAUSADA Y POR FUERZA MAYOR Y FALTA O DISMINUCIÓN DE TRABAJO IMPUESTA POR EL DNU 329/2020

Cita: RC D 1576/2020

por Diego J. TULA¹

“No es el más fuerte de las especies el que sobrevive, tampoco es el más inteligente el que sobrevive. Es aquel que es más adaptable al cambio”

Charles Darwin

Advertencia

Ruego al calificado lector que renuncie a toda expectativa de encontrar en estas líneas un trabajo de encumbrada elaboración jurídica en orden al tópico propuesto. La presente colaboración pretende simplemente aportar una visión práctica sobre la prohibición *temporaria* de despedir -en los términos legislados-, teniendo como norte las *microconsultas* diarias que, por estos días, muy probablemente ocupen la labor cotidiana de los operadores jurídicos.

¿Era necesario o conveniente el dictado del DNU 329/2020?

En la exposición de motivos del citado Decreto, entre otros fundamentos, se menciona el art. 1733 del C.C.C.N.² cuyo inciso b) establece expresamente la posibilidad de que la “fuerza mayor” no exima de consecuencias o pueda ser neutralizada en sus efectos cuando una disposición legal así lo prevea. Tal excepción la constituye el dictado del **DNU 329/2020**, lo que bastaría para justificar su legalidad, desde el punto de vista del Derecho Civil.

Pero, además, el art. 1730³ del mencionado cuerpo normativo -que considera al

1 Abogado. Magíster en Derecho del Trabajo. Juez del Tribunal del Trabajo N° 1 de San Isidro, Provincia de Buenos Aires. Profesor adjunto de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y de la Universidad Católica de Salta. Docente de posgrado (UBA, UCASAL, UCA de Córdoba, UNCórdoba, UNL, UNSur, UNTREF). Publicista.

2 Art. 1733 C.C.C.N.: “Aunque ocurra el caso fortuito o la imposibilidad de cumplimiento, el deudor es responsable en los siguientes casos: b) si de una disposición legal resulta que no se libera por caso fortuito o por imposibilidad de cumplimiento”.

3 Art. 1730 C.C.C.N.: “Se considera caso fortuito o fuerza mayor al hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado. El caso fortuito o fuerza mayor

caso fortuito o la fuerza mayor como aquel hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado-, prevé también que una *disposición en contrario* puede actuar también como eximente de responsabilidad en tales supuestos. Y es precisamente toda la legislación de emergencia (Resoluciones del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación n° 178/2020 y 184/2020 –hoy derogadas-, **202/2020**, **207/2020**, **219/2020** –**hoy derogada**- y **279/2020**; **art. 8 DNU 297/2020**, entre otras⁴) la que actúa como *disposición en contrario* en los términos del referido artículo, ya que garantiza la percepción plena y el goce íntegro de la remuneración de todas las personas que trabajan en relación de dependencia, incluso de aquellas que no prestan su débito laboral por hallarse suspendida la prestación como consecuencia del asilamiento social, preventivo y obligatorio.

De esta manera, la legislación de emergencia claramente priorizó la protección de la remuneración, con el propósito de mantener vigentes los vínculos contractuales laborales por sobre la facultad de despedir en los términos del art. 247 de la LCT o en los despidos incausados.

Por último, los requisitos impuestos por el art. 955 del C.C.C.N.⁵ al caso fortuito o fuerza, terminan de reforzar el argumento esgrimido. El mencionado precepto legal exige como condición de eximición de responsabilidad de dicho instituto que la imposibilidad sobreviniente sea absoluta y permanente, escenario precisamente opuesto a lo esencialmente provisorio y reversible de una situación de emergencia como lo es la pandemia generada a causa del covid-19.

En suma, no era necesario el dictado del **DNU 329/2020**, pero sí conveniente, pues contribuye a reforzar la seguridad jurídica y limita la discusión jurídica, en todo caso, a su constitucionalidad y alcances.

2.- ¿Es constitucional el DNU 329/2020?

Dictado en los términos de los incs. 1° y 3° del art. 99 de la Constitución Nacional, corresponde analizar los requisitos formales y sustanciales exigidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación para su validación, en el marco de la emergencia.⁶

exime de responsabilidad, excepto disposición en contrario. Este Código emplea los términos caso fortuito y fuerza mayor como sinónimos.

4 La **Res. MTEySS n° 332/2020** que crea el Programa de Asistencia de Emergencia al Trabajo y la Producción y la **Res. MTEySS n° 347/2020** que crea el Comité de Evaluación y Monitoreo del Programa de Asistencia de Emergencia al Trabajo y la Producción son claro ejemplo de ello.

5 Art. 955 C.C.C.N.: “La imposibilidad sobrevinida, objetiva, absoluta y definitiva de la prestación, producida por caso fortuito o fuerza mayor, extingue la obligación, sin responsabilidad”

6 “Peralta Luis y otros c/ Estado Nacional” (La Ley 1991-C, 158); “Verrochi, Ezio Daniel c. Poder Ejecutivo Nacional – Administración Nacional de Aduanas”, Fallos: 322:1726, 1999; Provincia de San Luis c. Estado Nacional”, Fallos: 326:417; “Consumidores Argentinos c/ EN – PEN” (2010, Fallos: 333:633); Aceval Pollacchi, Julio César c. Compañía de Radiocomunicaciones Móviles S.A.” (CSJN, 28.06.11), entre otros.

1.1 Requisitos formales:

- 1.1.1 Emitido en Acuerdo General de Ministros.
- 1.1.2 La materia legislada –emergencia ocupacional y de empleabilidad- no versa sobre cuestiones expresamente excluidas por el precepto constitucional (penal, tributaria, electoral o de régimen de partidos políticos).
- 1.1.3 Comunicación de la medida a la Comisión Bicameral permanente en cumplimiento de lo dispuesto por la Ley 26.122

1.2 Requisitos sustanciales:

2.1 *Necesidad (fin público)*: ha sido dispuesto ante una situación de grave riesgo social -emergencia-, lo que marca la excepcionalidad de esta delegación legislativa (art. 76, Constitución Nacional); se hallan involucrados los intereses vitales de la comunidad.

2.2. *Urgencia*: imposibilidad de seguir los trámites ordinarios para lograr su tratamiento por el Congreso de la Nación. Claramente la situación que requiere solución legislativa es de una urgencia tal que debió ser remediada inmediatamente, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de la sanción de las leyes.

2.3 *Razonabilidad*: la medida excede la mera conveniencia política, reposando en inexcusables principios de justicia social y en la ponderada estimación de las condiciones económicas sociales propias de la situación de real y manifiesta emergencia en la cual se dictó.

2.4 *Temporalidad*: la disposición tiene una duración de 60 días, lo que evidencia el carácter transitorio de la prohibición de despedir en los términos legislados.

2.5 *Control judicial posterior*: los Tribunales Laborales del país podrán realizar el expreso control de legalidad del dispositivo legal, revisando su constitucionalidad.

2.6 *Proporcionalidad*: quizás este punto sea uno de los más controversiales de la medida. La Corte Federal exige, como requisito de validez de los DNU, que la norma no altere la esencia de la relación jurídica que legisla; es decir, que no se aniquile -aun en la emergencia- el derecho limitado (por caso, el extinguir sin causa el contrato de trabajo y por falta o disminución del trabajo y fuerza mayor). El precepto legal eleva al despido injustificado y al fundado en razones de fuerza mayor y falta o disminución del trabajo al estatus jurídico de acto con objeto ilícito; en caso de que suceda carecerá de eficacia jurídica (es decir, será nulo, aunque la norma omita mencionarlo, ya que tal declaración es propia de la actividad jurisdiccional).

Por consiguiente, dotar *transitoriamente* de estabilidad propia a las relaciones contractuales dependientes del Derecho Público y Privado -alterando el marco jurí-

dico de estabilidad relativa que prevé la Constitución Nacional para esos vínculos-, hace pensar si, efectivamente, se estaría respetando la condición de validez mencionada.⁷

Es facultad de Poder Legislativo (y, en situaciones de emergencia, del Poder Ejecutivo a través de la herramienta bajo análisis) asegurar la protección contra el despido arbitrario, estableciendo las bases jurídicas que reglamentan las relaciones de trabajo y las consecuencias que se derivan de la ruptura del contrato laboral.

La respuesta al interrogante planteado -reitero, no exenta de posibles observaciones- la proporcionan los sólidos fundamentos esgrimidos en los considerandos del **DNU 329/2020**.⁸ En efecto, la prohibición de despedir en forma incausada y por falta o disminución de trabajo y fuerza mayor, garantiza de manera adecuada la protección contra el despido arbitrario (art. 14 bis, Constitución Nacional), dentro del marco de la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social (**Ley 27.541, DNU 260/2020 y DNU 297/2020**), pues se verifica como necesaria para garantizar las fuentes de trabajo. Dicho de otro modo, la garantía de retribución justa contra el despido arbitrario -aún agravada por el **DNU 34/2019**- luce *temporariamente* ineficaz para garantizar el bien jurídico a proteger: preservación de la fuente de trabajo (y con ello la remuneración, la obra social, y demás beneficios de las personas que trabajan en relación de dependencia). La necesidad de proteger a las personas que trabajan de los daños inmediatos que produce habitualmente la extinción del vínculo laborativo (desempleo, ausencia de ingresos económicos, imposibilidad de acceder a un servicio de medicina privado, etc.) en un escenario excepcional de emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social, debe ser seguida por una medida eficaz y contundente en esa protección. Y ello, precisamente, evidencia una de las pautas de valoración de las razones de necesidad y urgencia de la prohibición *temporaria* de despedir: inexistencia de otros medios alternativos adecuados para lograr los fines buscados.⁹

7 El interrogante pretende poner de manifiesto la posible colisión de derechos: libertad de contratar / ejercer toda industria lícita / derecho de propiedad vs. afectación de garantías constitucionales vinculadas con los derechos que protegen la dignidad de la persona que trabaja / trabajador sujeto de preferente tutela constitucional / eficaz protección contra el despido arbitrario.

8 Además de las referencias normativas mencionadas en los fundamentos del DNU 329/2020, cabe mencionar el Convenio O.I.T. n° 158, aplicable aun cuando no esté ratificado por nuestro país, ya que la la Observación general n° 18 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales así lo prevé; la opción de reinstalación del Protocolo de San Salvador, adicional de la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 7 d), y el precedente de la CSJN, in re “*Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo*” (CSJN, 2010).

9 Como correlato necesario de las medidas de tutela directa a los trabajadores y trabajadora y con el fin de morigerar el impacto de la medida dispuesta (amén de las de índole sanitarias) los Decretos 326/2020, 332/2020 y 347/2020, dictados en forma casi concomitante con el Dec. 329/2020, otorgan garantías para facilitar el acceso por parte de las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas a préstamos para capital de trabajo y pago de salarios; crean el Programa de Asistencia de Emergencia al Trabajo y la Producción □ para empleadores y empleadoras y trabajadores y trabajadoras afecta-

3. ¿Qué diferencias evidencia el DNU 329/2020 con la Ley 25.561?

La Ley 25.561 (B.O. 07.1.2002) declaró la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria. El DNU 329/2020 se dictó en el marco de la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social establecida por la Ley 27.541, la ampliación de la emergencia sanitaria dispuesta por el DNU 260/2020 y su modificatorio, el DNU 297/2020, que estableció la medida de “aislamiento social, preventivo y obligatorio” y su prórroga hasta el día 12 de abril inclusive. La comparación entre ambas normas ofrece cuatro diferencias sustanciales:

- a) La Ley 25.561 suspendió por 180 días solamente la posibilidad de despedir sin causa¹⁰.
- b) En los hechos, no limitaba el poder del empleador de despedir, sino que su objeto fue disuadirlo de la actitud rescisoria como consecuencia del mayor costo de la indemnización. Es decir, la ley no impedía extinguir el vínculo en forma incausada sino que imponía la obligación de abonar una indemnización mayor si la extinción arbitraria del contrato de trabajo sucedía dentro de un determinado período en el que la protección legal se consideró mayor, en atención a la emergencia pública y al factor de desempleo.
- c) El Decreto 2639/2002 (B.O. 20.12.2002) dispuso que lo establecido en la última parte del art. 16 de la Ley 25.561 -prorrogado entonces por el Decreto 883/2002-, no sería aplicable a los empleadores, respecto de los nuevos trabajadores que hubieren sido incorporados en relación de dependencia en los términos de la Ley 20.744 a partir del 01.01.2003, siempre y cuando dicha incorporación hubiere representado un aumento real en la plantilla total de trabajadores que el empleador poseía al 31.12.2002. Este requisito no es exigido por el DNU 329/2020.

dos por la emergencia sanitaria y la coyuntura económica; prorrogan el Régimen de Regularización tributaria establecido en el último párrafo del artículo 8° de la Ley N° 27.541, establecen el Programa de Asistencia de Emergencia al Trabajo y la Producción para empleadores y empleadoras, y trabajadores y trabajadoras afectados por la emergencia sanitaria que prevé la postergación o reducción de hasta el (95%) del pago de las contribuciones patronales al Sistema Integrado Previsional Argentino, Asignación Compensatoria al Salario, suma no contributiva respecto al Sistema Integrado Previsional Argentino abonada por el Estado para las y los trabajadores en relación de dependencia del sector privado, comprendidos y comprendidas en el régimen de negociación colectiva en los términos de la Ley N° 14.250, Sistema integral de prestaciones por desempleo, etc. y, por último, crea el Comité de Evaluación y Monitoreo del Programa de Asistencia al Trabajo y la Producción.

Una ineficacia relativa, puesto que habilitaba el PPC y duplicación económica.

10 Artículo 16: “Suspéndese la aplicación de la Ley 25.557, por el término de hasta NOVENTA (90) días. Por el plazo de CIENTO OCHENTA (180) días quedan suspendidos los despidos sin causa justificada. En caso de producirse despidos en contravención a lo aquí dispuesto, los empleadores deberán abonar a los trabajadores perjudicados el doble de la indemnización que les correspondiese, de conformidad a la legislación laboral vigente”

- d) El Decreto 265/2002 permitía la posibilidad de requerir la apertura del procedimiento preventivo de crisis de empresa a instancia de los sujetos habilitados por el art. 99 de la Ley 24.013 (empleador, Asociación Profesional representativa de los trabajadores de la empresa en crisis), ratificando la plena vigencia de los artículos 98 de la Ley 24.013, Decreto 2072/1994 y Decreto 328/1988.

4. ¿Desde qué fecha y hasta cuando rige la prohibición de despedir sin causa justificada y por fuerza mayor y falta o disminución de trabajo?

El DNU 329/2020 fue publicado en el suplemento del Boletín Oficial del día 31.03.2020 y rige, de acuerdo a lo establecido en su propio texto (art. 6º), desde el mismo día de su publicación.

En consecuencia la prohibición de los despidos sin justa causa justificada y por las causales de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor se extiende por el período de tiempo comprendido entre las 0 horas del día 31 de marzo de 2020 y las 24 horas del día 29 de mayo de 2020 (art. 6 del C.C.C.N.); vale decir, por 60 días.

5. Si la notificación del despido incausado fue cursada con anterioridad a la vigencia de la prohibición, pero ingresó en la esfera de conocimiento de su destinatario el día 31 de marzo de 2020 o con posterioridad, ¿encuadra en las disposiciones del DNU 329/2020? Dado el caso, ¿podría retractarse unilateralmente el despido incausado?

La Ley de Contrato de Trabajo no contiene ninguna norma que determine cuándo una notificación laboral debe considerarse recibida por el destinatario. Ello deja librado al criterio del Juez la solución de los casos que se plantean. Se trata de un problema fáctico que requiere el examen de cada escenario en particular. Debe analizarse en qué momento el destinatario debió tomar “normalmente” conocimiento del mensaje expedido, obrando con cuidado y diligencia, buena fe y lealtad.

La teoría de la recepción considera que el acto se perfecciona cuando la declaración llega a la esfera jurídica del destinatario, de manera que -según la experiencia normal- sea puesto en condiciones de tener conocimiento de ella. En forma pacífica y reiterada la jurisprudencia de nuestro país recepta en sus pronunciamientos la citada teoría.

De esta manera, perfeccionado el distracto incausado vigente el período de prohibición, carecerá de efectos jurídicos, aun cuando el sello de imposición del Correo evidencie que la misiva hubiere sido enviada antes del 31 de marzo de 2020.¹¹

11 En sentido contrario podría argumentarse que si el empresario envió la comunicación de despido incausado antes de las cero horas del día 31 de marzo de 2020, el DNU no se encontraba publicado y, por ende, no resulta alcanzada por la prohibición de despedir, aun cuando se hubiere notificado con posterioridad por efecto del tiempo de entrega; se trata de un acto jurídico ya realizado pero cuyos efectos no se perfeccionaron todavía (art. 983 C.C.C.N.).

Sin embargo, corresponde aquí realizar una consideración. El art. 234 de la LCT estipula que: “*El despido no podrá ser retractado, salvo acuerdo de partes*”. En principio, no es admisible la retractación del despido en razón del carácter unilateral y recepticio que tiene esa comunicación, según la cual la declaración de voluntad que instrumenta queda firme para la parte que la formula cuando llega a la esfera de conocimiento de la otra. Es decir, el despido -una vez notificado-, se transforma en un acto jurídico consumado. Una disolución del contrato de trabajo no puede quedar sin efecto por un acto unilateral, porque hay que reestablecer la norma constitutiva de la relación de trabajo y ésta es contractual (ambas partes constituyen el contrato de trabajo). Ahora bien, de darse el escenario descrito, bien podría admitirse -de modo excepcional- una retractación del empleador sin necesidad de consentimiento del trabajador/a, restituyendo el orden de las cosas a su estado anterior, puesto que tal conducta evidenciaría el propósito de la norma de emergencia que es, precisamente, proteger la fuente de trabajo y consiguiente percepción íntegra y plena de la remuneración del dependiente. Especialmente teniendo en cuenta que al momento de cursar la notificación era desconocida para el empleador la consecuencia impuesta en la normativa de prohibición.

6. Los despidos incausados preavisados con anterioridad a la entrada en vigencia del DNU 329/2020, cuyo plazo otorgado se cumpliría durante la vigencia de la norma, ¿son alcanzados por la prohibición?

Si la denuncia del contrato de trabajo está sujeta a plazo, como en el caso en que hubiere mediado preaviso, el efecto derogatorio queda suspendido hasta el vencimiento del término del instituto del art. 231 de la LCT. Ello así porque el preaviso, una vez notificado, está sujeto a un solo recaudo: el transcurso del tiempo. Por ello no puede ser dejado de lado (el despido y el preaviso del despido) en forma unilateral, excepto que se trate de una causal sobreviniente vigente la relación que originara la extinción justificada del vínculo.

Ratifica esta tesis la solución adoptada por el art. 236 de la LCT en el cual se recepta la posibilidad que el trabajador sea dispensado de cumplir íntegro el plazo de preaviso por su voluntad, sin perder el derecho que le corresponda por el despido; o sea, que siempre campea la nítida idea de que el empleador ha ejercido la facultad rescisoria al otorgar el preaviso. En definitiva, el preaviso no es sino una denuncia expresa del contrato de trabajo, cuyo efecto extintivo queda sujeto a un plazo; pero el preaviso es, en sí mismo, la declaración del “despido” decidido y dispuesto por la voluntad unilateral del empleador, aunque aquel efecto extintivo de la relación quede diferido para un momento posterior. Tal es así que resulta innecesaria una comunicación adicional de la extinción.

Por consiguiente, si la persona que trabaja hubiere sido preavisada de la extinción incausada del contrato de trabajo con anterioridad al 31 de marzo de 2020, aunque su efecto disolutorio esté suspendido hasta la finalización del plazo (que ocurrirá vigente la norma de prohibición), no resulta alcanzada por las disposiciones del

DNU 329/2020 y, por consiguiente, ese despido incausado será válido y eficaz. Por esa misma razón, resultaría ineficaz el preaviso de despido comunicado durante la veda, aun cuando el plazo otorgado se concretara después del 29 de mayo de 2020.

7. Los efectos del art. 4 del DNU 329/2020 ¿son aplicables a los despidos efectuados durante el período de prueba?

Este supuesto seguramente será uno de los que mayores debates generará. Y ello así ya que las personas que se encuentren atravesando los primeros tres meses de la relación laboral no gozan aun de estabilidad impropia -protección contra el despido arbitrario- consagrada en el art. 14 bis de la Constitución Nacional (art. 92 bis, LCT) y, por consiguiente, una primera respuesta al interrogante formulado parecería ser negativa. Es decir, no podría alcanzar la prohibición de despedir incausadamente a quienes no gozan aun de la garantía de estabilidad impropia. Además, la función de la regla podría ser inexistente en el período de prueba, porque en todas aquellas actividades no exceptuadas del aislamiento preventivo, social y obligatorio (trabajos no esenciales) el empleador mal podría evaluar la eficiencia, habilidad y competencias de su dependiente, fin esencial del período de prueba.

Sin embargo, *“Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus”*. De acuerdo al axioma, donde la ley no distingue, no corresponde hacer distinciones. Los jueces pueden interpretar una norma legal cuando la misma es oscura o sus dictados son insuficientes para resolver un caso determinado, pero en modo alguno pueden sustituir un texto claro, cuyo imperio tiene que prevalecer en todas las circunstancias; más aun cuando el bien jurídico protegido es la preservación y conservación del empleo. No obstante, si alguna duda generase el escenario planteado, la solución final la brindaría el art. 9 de la LCT

8. En caso de que suceda el despido incausado o por fuerza mayor o falta o disminución de trabajo, no obstante la vigencia de la prohibición, ¿qué alternativas tiene el/la trabajador/a?

Operado el escenario no deseado por la norma de emergencia, se le presentan al trabajador/a distintas alternativas:

- a) En lo inmediato, rechazar en forma fehaciente el distracto incausado, exigiendo la inmediata reinstalación.
- b) Si ello no logra su cometido, podrá requerirlo en sede judicial a través de una acción de amparo (con una medida cautelar), una cautelar autónoma o una medida autosatisfactiva, según las herramientas procesales expeditas que brinde la legislación procesal de cada jurisdicción, con más el requerimiento de pago de los eventuales salarios caídos. Todas ellas revestirán el carácter de urgentes y serán pasibles de habilitación de FERIA Judicial y/o Asueto con suspensión de términos.

- c) Requerir judicialmente el pago de los rubros indemnizatorios y salariales derivados del despido incausado, con más el agravamiento económico dispuesto por el **DNU 34/2019**, en caso de corresponder. Pese a que el art. 4 del **DNU 329/2020** consagra la ineficacia del despido incausado, el/la trabajador/a bien podría optar por la alternativa del resarcimiento económico, ya que en todos los casos en que la ley impone una nulidad, la misma va dirigida al empleador y, en definitiva, es el/la trabajador/a quien puede invocarla. Como apostilla, en aquellos litigios donde los parámetros bajo los cuales se desarrolló el vínculo laboral no comprendieran el área de debate (v.gr. fecha de ingreso, salario, categoría y jornada), la cuestión se tornaría de puro derecho, sin necesidad de producción de prueba alguna. Reconocidos los términos del acto notificadorio (nulo por la ilicitud de su objeto), la discusión será netamente de índole jurídica.

9. ¿Rige para los despidos indirectos?

Se impone una respuesta en sentido afirmativo al interrogante planteado dado que, de lo contrario, el empleador podría forzar a su dependiente -a través de diversas conductas o incluso incumplimientos contractuales- para lograr que este último se coloque en situación de despido indirecto y, de esa manera, evitar que la extinción de ese contrato de trabajo resulte alcanzada por la norma de prohibición.

En otros términos, propiciar una solución contraria daría lugar a situaciones no deseadas por el legislador, en donde bastaría que los empleadores se abstengan de adoptar la decisión de despedir, a fin de evitar tener que afrontar la nulidad del acto o el eventual pago indemnizatorio e impulsar a los/las trabajadores/as a tolerar incumplimientos patronales o adoptar ellos mismos la decisión rescisoria. Recuérdese que la creación legislativa prohíbe los despidos injustificados con el claro fin de proteger las relaciones laborales existentes en el marco de una situación de emergencia preocupante.¹²

10. ¿Rige la prohibición para la extinción efectuada en los términos del art. 212 de la LCT?

El art. 4 del **DNU 329/2020** deja sin efecto las consecuencias del “despido sin causa justificada y por fuerza mayor y falta o disminución de trabajo” que hubiera dispuesto el empleador, en violación a la prohibición prevista en la citada norma.

El modo de extinción previsto en cualquiera de las hipótesis contempladas en el art. 212 de la LCT no es el que proviene de la simple voluntad unilateral de alguna de las partes, sino de la confluencia de un factor no imputable a ninguna de ellas (inhabilidad sobreviviente de trabajador) con una circunstancia que puede o no ser

12 La CNAT en Pleno (nº 310), en autos “Ruiz, Víctor c. U.A.D.E.”, resolvió que la duplicación indemnizatoria prevista por la ley 25.561 también era aplicable a los despidos indirectos, asimilándolos a los despidos directos incausados.

imputable al empleador (si es que no hay posibilidad objetiva de reubicar al dependiente), a cuyo efecto, la actitud remisa de aquel sólo puede actuar desencadenante del monto de la indemnización que debe abonar, pero no como determinante exclusivo de la extinción que se origina en el estado de salud del trabajador.¹³

En suma, tratándose de una extinción causada del contrato de trabajo (independientemente de la culpabilidad o no del empleador), no se encuentra alcanzada por la veda legal.

11. ¿Rige la prohibición para el personal de la construcción?

La sanción dispuesta en el art. 4º del **DNU 329/2020** tiene como objetivo directo evitar la destrucción de los puestos de trabajo (cualquiera sea la naturaleza de la actividad que se desarrolle), en el marco de la situación de emergencia que motivó su dictado. La respuesta viene dada entonces por las consideraciones efectuadas al responder el segundo interrogante de este trabajo: la garantía de retribución justa contra el despido arbitrario -aún en los términos de la Ley 22.250- luce *temporariamente* ineficaz para garantizar el bien jurídico a proteger: preservación de la fuente de trabajo.

Si bien el hecho de que la norma bajo análisis prohíbe los despidos incausados y por fuerza mayor y falta o disminución del trabajo -situación no aprehendida en el régimen de la construcción, donde cualquiera de las partes se encuentra habilitada a denunciar el contrato de trabajo sin invocar una causa, resultando suficiente con notificar la decisión extintiva, que constituye el presupuesto del derecho del trabajador a percibir el Fondo de Cese Laboral- y, por consiguiente, la noción de despido incausado es un concepto del todo ajeno al régimen estatutario, no se trata de limitar la facultad rescisoria del empleador por medio de un aumento de la tarifa (como lo fue la sanción de la Ley 25.561), sino que se impone lisa y llanamente la ineficacia del despido arbitrario.

12. Si el empleador despidiera en forma directa y con invocación de causa pero luego, en sede judicial, no acreditase los incumplimientos invocados: ¿quedaría alcanzado ese acto jurídico por la ineficacia dispuesta por el DNU 329/2020?

El interrogante requiere, como punto de partida necesario del análisis, que el dependiente planteara los términos de su reclamo judicial en orden al requerimiento de nulidad del acto de despido incausado y su consecuencia: la reinstalación. Luego, si no existiera en el trámite judicial prueba alguna de que la causa de despido invocada tuviere algún grado de verosimilitud, es evidente que corresponde considerar al despido en forma incausada, lo que tornaría aplicable la ineficacia del acto prevista en el art. 4 del DNU 329/2020 y su correspondiente declaración jurisdiccional de nulidad. De lo contrario, bastaría la invocación de

13 CNAT, Sala II. S.D. 94.616 del 21/11/2006. Exp. 20.124/03. *POLLAROLO ARZA, Valeria Elena c/GOYA Corrientes S.R.L. s/indemnización art. 212*”.

cualquier causa imaginaria para eludir la prohibición dispuesta por la norma en cuestión.

Probablemente con el rodar de los futuros conflictos judiciales surgirán otros interrogantes vinculados con esta temática: ¿Qué ocurriría si el empleador despidió con causa y luego, en juicio, lograra acreditar el escenario fáctico descrito pero en la ponderación judicial, la reacción frente a la injuria luce desproporcionada o extemporánea o irrazonable? En tal caso, ¿podrían los Jueces *reconducir* el objeto de la pretensión, rechazando la reinstalación solicitada en el escrito constitutivo del proceso pero -a cambio- otorgar las indemnizaciones tarifadas derivadas de un despido incausado? ¿Violaría ello el principio de congruencia? ¿Existe un plazo *prudencial y razonable* para que, aquellos trabajadores despedidos durante el período de prohibición, requieran judicialmente su reinstalación, u opera -sin más- el plazo bianual del art. 256 de la LCT?¹⁴ Operado el distracto en forma incausada durante la veda legal (y, por lo tanto, ineficaz), ¿podría el empleador despedir *nuevamente*? sin expresión de causa, una vez finalizada la prohibición? En tal supuesto, ¿la persona despedida podría reclamar los salarios caídos durante el período de vigencia del Decreto 329/2020 y luego acceder a los rubros indemnizatorios -agravados o no por el Decreto 34/2019- derivados del despido *ad nutum*?

Las respuestas que pudieran ensayarse no son, en este momento, necesarias ni urgentes. Ya habrá tiempo para ello.

14 Algunas respuestas ya han sido brindadas por la jurisprudencia en los casos de despidos discriminatorios que guardan algún grado de equivalencia -en cuanto a sus efectos- con los interrogantes que se formulan.

UNA POSIBLE FORMA DE ENCARAR LA INFECCIÓN COVID-19 DESDE LA LEY SOBRE RIESGOS DEL TRABAJO

por Miguel Ángel MAZA

Cita: RC D 1534/2020

Una de las consultas más reiterada en esta situación de emergencia sanitaria refiere a la posibilidad de encuadrar una infección del COVID-19 en el régimen de Riesgos del Trabajo y esta duda aqueja a las personas que trabajan en establecimientos con actividades esenciales o en la vía pública desarrollando servicios esenciales y que se encuentran dramáticamente expuestas a la posibilidad de contagio, así como preocupa también a sus empleadores y a las aseguradoras de Riesgos del Trabajo. En la presente colaboración el autor propone una solución normativa emanada por el Poder Ejecutivo Nacional y con fundamento en el marco de emergencia de la Ley 27.541 en general y del DNU 297/2020 en particular, a los fines de establecer la manera de hacer frente a la cobertura de las contingencias suscitadas por esta pandemia.

I. El dilema del COVID-19 y la Ley sobre Riesgos del Trabajo.

La pandemia del virus COVID-19 ha puesto en jaque a nuestro país y el peligro de infectarse, de enfermarse y hasta de morir ronda en todos los planos de la vida de sus habitantes.

Y en ese dramático escenario el Derecho, como siempre, corre tras de los hechos y juega su trascendente papel como ordenador de la sociedad, y así lo prueba la copiosa normativa que, desde principios de marzo de este año 2020, viene dictando el Poder Ejecutivo Nacional con normas de todo tipo y jerarquía.

Y mientras cumplimos el Aislamiento Social Preventivo Obligatorio (ASPO) dispuesto por Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) 297/2020, la complejidad de las normas dictadas en estas febriles (nunca mejor usada esta expresión) semanas y lo excepcional de la situación generan en el plano del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social diversas dudas, problemas y dilemáticas reflexiones.

Una de las consultas más reiterada en este momento refiere a la posibilidad de encuadrar una infección del COVID-19 en el régimen de Riesgos del Trabajo y esta duda aqueja a las personas que trabajan en estos momentos en establecimientos con actividades esenciales o en la vía pública desarrollando servicios esenciales y que se encuentran dramáticamente expuestas a la posibilidad de contagio, así como preocupa también a sus empleadores y a las aseguradoras de Riesgos del Trabajo.

II. Las normas en juego.

Es oportuno recordar que la Ley 24.557 prevé 3 vías de ingreso a la cobertura de este régimen:

- a) contingencias provenientes de un accidente de trabajo, en sus 3 hipótesis ⁽¹⁾,
- b) contingencias que se expresan en una enfermedad calificada de antemano como “profesional” por el propio sistema jurídico, es decir por medio del Decreto 658/1996 y sus dos modificatorias, y
- c) cuando, mediante un procedimiento administrativo o judicial ⁽²⁾ especial, se demuestre que la enfermedad ha sido provocada por causa directa e inmediata de la ejecución del trabajo, excluyendo la influencia de los factores atribuibles al trabajador o ajenos al trabajo.

Muchas veces la doctrina ha señalado que esa ley fue mezquina cuando, en el apartado 1 del art. 6 optó, por primera vez en la historia de las leyes especiales en esta materia, por definir el accidente como un hecho súbito y violento. Siempre, desde la Ley 9688 dictada en 1915, se había preferido dejar que fuesen las autoridades competentes quienes calificasen un hecho como accidente de trabajo.

El legislador de 1995 introdujo sendos calificativos -súbito y violento- para limitar el concepto y restringir los casos cubiertos, más preocupado al parecer por hacer más previsible y, por ende, financieramente viable el sistema que por dar cobertura a la mayor cantidad de contingencias posible, como proponen los principios de la Seguridad Social ⁽³⁾.

Esa mezquindad hace hoy casi imposible considerar el contagio del virus en el lugar de trabajo como secuela de un hecho súbito y violento, salvo el excepcional supuesto en que se demostrase que la infección se produjo en el empleo por el estornudo o la tos de otra persona y en la medida que se le juzgue a esas dos explosiones fisiológicas como violentas.

También criticó la doctrina que la cobertura legal especial limitara, en materia de enfermedades, la operatividad del régimen a aquellas que el PEN incluyera en un listado cerrado y sumamente estático ⁽⁴⁾, poniendo el acento en la falta de

1 Hecho súbito y violento ocurrido por la ejecución del trabajo, en ocasión del trabajo o en el itinerario desde el domicilio de la persona que trabaja al lugar de desempeño y su retorno.

2 De acuerdo a la doctrina nacida de la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Castillo, Angel Santos c/ Cerámica Alberdi SA” de fecha 7/9/2004, el legislador nacional carece de atribuciones para legislar en materia de distribución de competencias. En el caso bajo comentario, fueron un DNU (1278/2000) y un Decreto reglamentario (410/2001) los que pusieron en cabeza de las Comisiones Médicas locales la recepción y tramitación de estos procedimientos, invadiendo las facultades no delegadas por las Provincias. En base a tal jurisprudencia, este pedido excepcional puede ser planteado ante la Justicia local competente según las normas procesales provinciales.

3 Y esta es una de las varias pruebas de que, contrariamente a lo que sostuvieron los autores del régimen en la década de los años 90 y una minoría bienintencionada de la doctrina, el de la Ley 24.557 no es un subsistema de Seguridad Social sino un régimen de responsabilidad patronal con aseguramiento obligatorio y desplazamiento ope legis de esa responsabilidad (ver art. 1, Decreto 334/1996).

4 La redacción original del art. 6 apartado 2º de la LRT decía expresamente que las enfermedades no previstas en ese listado “en ningún caso serán consideradas resarcibles”. Afortunadamente, el

dinamismo de ese listado que, publicado en 1996 mediante el Decreto 658/1996, sólo recibió 2 reformas, la primera, módica, por el Decreto 1167/2003 para incluir las infecciones de Chagas y Hantavirus, y la última mediante el Decreto 49/2014 cuando se incorporaron las várices, las hernias musculares y las espondilo artrosis generalizadas.

Por razones de orden cronológico, la infección que motiva estas reflexiones no pudo siquiera ser contemplada como hipótesis cuando se redactó aquel listado de Enfermedades Profesionales ni tampoco en ocasión de las dos reformas recién señaladas.

Por ende, tal como lo señalara muy recientemente el profesor Mario E. Ackerman⁽⁵⁾, aun cuando se invocara que una persona ha sido contagiada con el virus COVID-19 en su lugar de trabajo y en razón del riesgo de sus tareas esenciales, la ya señalada restrictividad de la definición contenida en el apartado 1 del art. 6 de la Ley sobre Riesgos del Trabajo torna nada factible acudir al concepto de accidente de trabajo para reclamar, por la persona trabajadora o por su empleador, la cobertura de dicho régimen legal.

Por lo dicho, también es indiscutible que esta infección, a diferencia de las que provocan las infecciones de Hantavirus y Chagas, no califica al menos hoy como Enfermedad Profesional ya que no se encuentra en el Listado del Decreto 658/1996 y sus modificatorios.

Queda, pues, un único camino viable: el de la vía excepcional antes descripta.

Es que, como fue anticipado, la reforma que en diciembre del año 2000 introdujo el DNU 1278/2000 en la redacción del apartado 2 del art. 6 de la Ley 24.557 rompió, afortunadamente, ese estatismo medieval de la redacción original del régimen, al permitir la invocación de un vínculo causal directo e inmediato entre una enfermedad y el empleo.

Es decir que si una persona que trabaja considera que ha sido contagiada con el virus COVID-19 en el lugar de desempeño, sea por el ejercicio mismo de su labor o en ocasión de éste, solamente podría intentar, a sus instancias o ante la solicitud de su empleador, la cobertura de la ley por la vía administrativa o judicial⁽⁶⁾ que hoy prevé el art. 6, apartado 2, inciso b) de la Ley 24.557, norma que dice así:

“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.

DNU 1278/2000 modificó el apartado 2 del art. 6 y creó la tercera vía de ingreso a la cobertura antes comentada como nacida del inciso b) de dicha norma.

5 Ver el comentario que formuló especialmente para la AADTySS titulado “El Coronavirus abre un debate en el núcleo duro del sistema de la LRT”.

6 De acuerdo a la ya reseñada doctrina del caso “Castillo, Angel Santos c/ Cerámica Alberdi SA”.

A los efectos de la determinación de la existencia de estas contingencias, deberán cumplirse las siguientes condiciones:

i) El trabajador o sus derechohabientes deberán iniciar el trámite mediante una petición fundada, presentada ante la Comisión Médica Jurisdiccional, orientada a demostrar la concurrencia de los agentes de riesgos, exposición, cuadros clínicos y actividades con eficiencia causal directa respecto de su dolencia.

ii) La Comisión Médica Jurisdiccional sustanciará la petición con la audiencia del o de los interesados así como del empleador y la ART; garantizando el debido proceso, producirá las medidas de prueba necesarias y emitirá resolución debidamente fundada en peritajes de rigor científico.

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.

III. Una propuesta coyuntural.

En rigor, el dilema de la cobertura es, por ahora, más conceptual que concreto ya que, en virtud de la profusa normativa generada por el PEN ante la situación de emergencia sanitaria, la atención asistencial primaria está asumida por la Salud Pública, lo que, por otra parte, constituye una decisión política acertada para centralizar el estudio y evolución de los casos con criterio epidemiológico y sanitarista.

Empero, la importancia de examinar el posible encuadramiento de la infección de COVID-19 en la Ley 24.557 puede emerger a mediano plazo si personal dependiente (público o privado, ya que dicha ley se refiere a dependientes de ambos tipos) que enfermó quedare con alguna incapacidad permanente, parcial o absoluta, o muriese, pues entonces dicho personal o sus derechohabientes tendrían la posibilidad de pedir las indemnizaciones de los arts. 14 y 15 de la Ley 24.557 y 3 de la Ley 26.773.

También la cuestión podría tornarse relevante si los empleadores comprendidos hoy en las actividades esenciales ⁽¹⁾ y, luego de culminada el ASPO, en cualquier otra, pretendiesen librarse del pago de las sumas de dinero que, con carácter

1 El art. 6 del DNU 297/2020 exime de la ASPO a las personas afectadas a las actividades y servicios declarados esenciales en la emergencia, entre otros, el personal de salud; las personas que deban asistir a otras con discapacidad, a familiares que necesitan asistencia, a personas mayores, niños y adolescentes; las afectadas a la realización de servicios funerarios, atención de comedores escolares, comunitarios y merenderos; el personal que se desempeña en servicios de comunicación audiovisual, radial y gráfico; el personal afectado a la obra pública, a supermercados mayoristas y minoristas, a comercios minoristas de proximidad, a farmacias, ferreterías, veterinarias y provisión de garrafas, a las industrias de alimentación, su cadena productiva e insumos, de higiene personal y limpieza, de equipamiento médico, medicamentos, vacunas y otros insumos sanitarios, y a actividades vinculadas con la producción, distribución y comercialización agropecuaria y de pesca etc.

salarial en el primer caso y como no remuneratoria en el segundo ⁽²⁾ debieron asumir por las normas de la emergencia, argumentando que las licencias que eventualmente correspondieran a su personal enfermo por contagio de COVID-19, pasados los primeros 10 días, deban ser asumidas por su ART.

En tal situación, el precedentemente mencionado camino del reclamo individual y casuístico ante las Comisiones Médicas locales, indiscutiblemente válido, no luce apropiado para dar respuesta oportuna a una grave situación como la que nuestro país en concreto está sufriendo y que, muy probablemente, en los próximos meses pueda arrojar un número importante de casos de personas afectadas a servicios esenciales que resulten infectadas en relación a sus tareas durante el Aislamiento Preventivo Social Obligatorio.

En mi opinión, una salida alternativa para resolver el dilema podría ser que el PEN, a través del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social promueva que se expida con urgencia el Comité Permanente de los arts. 6 apartado 2 inciso a) y 40 de la Ley 24.557 y, con su opinión técnica, incluir la infección por COVID-19 como Enfermedad Profesional en el contexto epidemiológico que corresponde, como se hizo en el texto original del Decreto 658/1996 para diversas infecciones, incluso algunas virósicas ⁽³⁾ y como procediera el Decreto 1167/2003 para las infecciones por Hantavirus y Trypanosoma Cruzi (Chagas) ⁽⁴⁾.

2 Conf. art. 8 del DNU 297/2020 y art. 1° de la Res. MTEySS 219/202

3 En el texto original del Decreto 658/1996 fue considerada Enfermedad Profesional para los contagiados del Virus Amarillo (Fiebre Amarilla) en orden a los trabajadores trasladados por razones laborales a zonas endémicas de Argentina (Formosa); para el contagio con el Arbovirus-Arenavirus y la Fiebre Hemorrágica Argentina se consideró factor causal la labor rural y la pertenencia a equipos de salud en contacto con enfermos portadores del virus. En el caso del Citomegalovirus, se admitió para equipos de salud, secundario a heridas punzo-cortantes con material contaminado. En cuanto al Virus de la inmunodeficiencia humana HIV, se consideró a los trabajadores del equipo de salud que tienen contacto con la sangre y otros fluidos orgánicos contaminados de portadores y/o enfermos y personal de limpieza que maneja los materiales de desecho contaminados. En relación con el virus del Herpes Simple, se consideró expuestos a los trabajadores de la salud, especialmente expuestos a secreciones bucales.

4 En 2014, el recién mencionado Decreto 1107/2003 se hizo cargo de la dificultosa técnica para vincular causalmente infecciones con empleo. Así, para considerar Enfermedad Profesional la enfermedad de Chagas por el agente Trypanosoma Cruzi tuvo en cuenta como factor causal el desempeño de trabajadores rurales que viven en viviendas provistas por el empleador dentro del predio del establecimiento, y cuyo examen preocupacional diagnostique la reacción para investigación de Chagas Mazza negativo; el personal de laboratorio y cirujanos por infección accidental en laboratorios médicos: por manipulación de vinchucas y animales infectados, cultivos de T. Cruzi o material biológico proveniente de e enfermos graves o de animales infectados; y los trabajadores que realizan la desinfección de vinchuca.

De similar modo, para reconocer como Enfermedad Profesional la infección por Hantavirus, se mencionan la actividad agropecuaria: agricultor, quintero, galponero, criador de animales, desmalezador, hachero; las actividades en las cuales se registren criterios de ruralidad: maestros rurales, gendarmes, guardaparques; las actividades profesionales expuestas a riesgo: veterinarios, médicos y personal de la salud de nosocomios, personal de laboratorios y bioterios; las actividades urbanas: mantenimiento de edificios, trabajadores de garages, plomeros y reparadores de cañerías de calefacción, changarines y cartoneros.

Por la naturaleza del sistema de seguros que instaura la Ley 24.557 ⁽⁵⁾, no sería constitucional ni racionalmente válido imponer a las ARTs la cobertura de una contingencia que no fue tomada en consideración para fijar las primas ni para evaluar el riesgo.

Propongo, pues, que el PEN, tras declarar por decreto la infección por COVID-19 como Enfermedad Profesional en las condiciones de causalidad que se determinen, disponga por DNU, en el marco de la emergencia de la Ley 27.541 en general y del DNU 297/2020 en particular, que la cobertura de esta contingencia sea financiada por las aseguradoras con cargo al Fondo Fiduciario de Enfermedades Profesionales del Decreto 590/1996 exclusivamente por el plazo de 12 meses a contar desde el inicio del ASPO ⁽⁶⁾.

5 Que, como antes apunté, es un seguro de responsabilidad patronal, con la característica de ser obligatorio, pero es un seguro al fin y al cabo.

6 Es oportuno memorar aquí que el art. 13 del DNU 1278/2000 modificó el viejo Fondo para Fines Específicos del Decreto 590/97, cuyo art. 1º ahora dispone: “Fondo Fiduciario de Enfermedades Profesionales. Créase un fondo consolidado provisional que se denominará FONDO FIDUCIARIO DE ENFERMEDADES PROFESIONALES que deberán administrar las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo, conforme lo establezca la reglamentación, y que servirá como herramienta para asistir al correcto funcionamiento del sistema de prestaciones previsto en la Ley 24.557.”.

LA NECESIDAD DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA COMO FORMA DE SORTEAR LA CRISIS. HACIA LA RESPONSABILIDAD

por Horacio LAS HERAS

Cita: RC D 1492/2020

El autor analiza la importancia de la negociación en tiempo de crisis, formula sugerencias de cómo abordarla precisamente desde la negociación colectiva.

Padre, dejad de llorar que nos han declarado la guerra....

JOAN MANUEL SERRAT

1. Del dolor a estar mejor.

Cuando suceden hechos como los que estamos atravesando, aparecen dos tipos de pensamientos: por un lado, los apocalípticos, que sostienen que nada habrá de cambiar y por el contrario el futuro estará inmerso en una mayor frustración, el futuro es desesperanzador. Por el otro, quienes presagian que luego de esta tempestad sucederá la calma y que esa calma podrá sentar las bases de un futuro mejor.

Hemos visto en estos días cómo las circunstancias empiezan a moldear un hombre nuevo. Más propenso a pensar en el otro, en reconocer que esta globalización representa un grado de responsabilidad aún mayor y que estamos signados como habitantes de este planeta a vivir en una comunidad interrelacionada, vinculada, necesitada de consensos. Contemplamos, (naturalmente con algunas consabidas excepciones) cómo los líderes nacionales y mundiales se ven obligados derretir el hielo de sus vínculos en la búsqueda de consensos básicos que nos y les permitan superar esta CRISIS (con mayúsculas)

Es así que, convencidos como estamos, que toda crisis es una oportunidad, recuerdo las palabras de Saint Simon -en la introducción a los trabajos científicos del siglo XIX- cuando afirmaba que el progreso necesario de la historia está dominado por una ley general que determina la sucesión de épocas orgánicas y de épocas críticas. La época orgánica es la que reposa sobre un sistema de creencias bien establecido, se desarrolla de conformidad con tal sistema y progresa dentro de los límites por él establecidos. Pero en cierto momento, este mismo progreso hace cambiar la idea central sobre la cual giraba la época y determina así el comienzo de un momento de crisis. En consecuencia, la noción de crisis es un concepto transitorio y esperanzador. Las crisis terminan y las crisis conllevan necesariamente a un momento de organicidad; de éxito¹.

¹ ABBAGANO, Nicola en *Diccionario de Filosofía*, Fondo de Cultura Económica, pág. 957

Así, la voz “crisis” deriva de la palabra griega “criptos” que significa “decisión”. De allí que el diccionario de la Real Academia Española defina a la crisis como: “Una mutación importante en el desarrollo de otros procesos, ya de orden físico, ya históricos o espirituales. Situación de un asunto o proceso cuando está en duda la continuación, modificación o cese. Momento decisivo de un negocio grave y de consecuencias importantes”.

En el pensamiento positivista de Comte, Darwin, Spencer² de un progreso constante de la humanidad, las nociones de crisis y conflicto trasuntan un delineado carácter transicional y temporario. La crisis como el conflicto serán la exteriorización de desavenencias, de ineficiencias, de fracasos pero paradójicamente conflicto y crisis conllevan necesariamente una idea superadora. Tanto la crisis como el conflicto serán disparadores hacia una situación de bienestar o equilibrio. Ambos estados de ánimo son los que el ser humano busca permanentemente como manifestación de la felicidad.

Persuadidos de que esta crisis será una oportunidad para estar mejor, nos permitimos hacer algunas reflexiones acerca de cómo la negociación colectiva puede y debe ser el instrumento idóneo para armonizar esas diferencias propias del capital y del trabajo y cómo ambas partes pueden y deben buscar las alternativas a la crisis (económica y social) que indefectiblemente se avecina una vez que podamos superar esta pandemia.

Seamos sinceros, los daños en la economía mundial y particularmente en la economía de nuestro país nos obligarán –en principio- a: 1) plantearnos objetivos comunes para superarlos; 2) proponer y aceptar cambios impensados para otros momentos; 3) resignar temporalmente derechos en pos de recomponer el tejido social y económico y 4) aceptar que existe un horizonte mayor y más importante que la resolución de un conflicto individual. La dimensión colectiva, toma entonces, un rol central. Figurativamente, estamos en guerra.

2. El instrumento: la negociación colectiva.

El pivote sobre el que se mueven las relaciones laborales es la de resolver los conflictos estructurales existentes entre capital y trabajo en una dinámica en la que naturalmente el Derecho del Trabajo juega una papel importantísimo ya que determina los contenidos mínimos de esa negociación de modo tal que ninguna de las partes pueda prevalecer –en función del poder de su peso corporativo- sobre la otra simplemente por el hecho de tener una fortaleza económica o bien política.

Como nunca en esta particular situación, no se trata de *imponer* sino de *consensuar*, de negociar, de acordar en el sentido que –cada una de las partes de las relaciones laborales – tiene más para ganar que para perder, aún aceptando todos los condicionamientos que puedan imponer las circunstancias coyunturales que puede marcar la economía. El que bien negocia sabe que, debe administrar una

2 ABBAGANO, Nicola op. cit. pág. 957

ventaja comparativa coyuntural ya que es posible y muy probable que esa ventaja se invierta y pase a ser del contrario y en consecuencia cambien los términos de la negociación. En esta crisis no hay espacio para imponer ventajas corporativas y ello nos obliga *a negociar, a acordar*.

2.1. *La imposibilidad de resolver la crisis mediante la creación de normas heterónomas*. Históricamente la creación de normas heterónomas materializó la decisión del Estado de establecer bases, pisos mínimos en las que debían desarrollarse esas relaciones sociales en un mundo signado por la producción. Y así, se formalizó la protección clásica del Derecho del Trabajo mediante la herramienta del orden público laboral.

Sin embargo, frente a la crisis que se avecina parece fácticamente imposible que el Estado dicte normas que perforen el histórico piso de protección que alcanzan en el presente. No lo descarto como acción estatal, pero vemos ciertamente difícil que nuestra clase política acepte el costo que tales decisiones importen. De allí que no vemos como oportuno que, frente a la crisis, desmantelamos el sistema de protección. Creemos sí, que es posible que temporalmente podamos morigerarlo con el único objeto del sostenimiento de las fuentes de producción y de empleo. Así, podríamos armonizar lo “necesario” con lo “posible” precisamente de cara al instituto de la negociación. Justificando plenamente que lo colectivo estará por encima de lo individual.

¿De qué manera?

3. Disponibilidad colectiva.

La ley debería ceder a favor del convenio. Esta medida podría ser la clave de bóveda para que las relaciones laborales en la crisis –y también en la bonanza– puedan armonizarse según los requerimientos y necesidades del capital y del trabajo de una determinada actividad, oficio o profesión y/o empresa.

En efecto, si la ley cediera en a favor del convenio, el instituto de la *negociación colectiva* permitiría una mayor armonización de las relaciones laborales, al completar y adaptar la norma de protección, mediante la creación de *normas autónomas* por parte de los sujetos de las relaciones laborales; sindicatos y empleadores (sujetos colectivos).

Esta modalidad de construcción normativa, posee enormes ventajas respecto de la norma de fuente estatal. Por un lado, es una regulación de consenso por lo que su respeto y aplicabilidad es resorte exclusivo y excluyente de quienes la acordaron. Una norma de consenso es una norma adaptable, posible de ser perfeccionada, cumplible.

Que sea adaptable, coincide con la dinámica propia de cualquier relación humana, lo que determina su capacidad de perfección en el horizonte de cumplir el objetivo deseado por ambas partes y la posibilidad de que sean los mismos actores

que la crearon los que puedan resolver los conflictos de interpretación y aplicación que la misma pueda contener no requiriendo - en principio- de la necesidad que un tercero dirima la cuestión (prescindiendo de la intervención del Juez)

Asimismo, la norma autónoma tiene la enorme ventaja de que, el escoyo económico que existe para la norma heterónoma, pueda ser subsanable por la propia dinámica de la negociación en la que –en cada actividad, oficio, o empresa- puedan encontrar caminos superadores frente a coyunturas económicas negativas –como las que indubitablemente se avecinan- sin esperar que el Estado sea el que -mágicamente- las resuelva.

De allí, que nuestra propuesta consiste en que debería sancionarse una *disposición normativa* (norma de fuente estatal) -con el mayor grado de consenso posible- por medio de la cual y en atención a la crisis, los actores de las relaciones laborales adapten /adecuen las disposiciones de la Ley de Contrato de Trabajo a las realidades propias de cada sector, quizás limitándola a determinadas materias.

Ello importará proveer a los negociadores de herramientas que permitan afrontar la crisis y resolver en conjunto siempre teniendo como común horizonte el *sostenimiento de las distintas unidades económicas y su consecuencia; el empleo*.

Dicha norma, reitero dictada en el marco de las instituciones de la República, debería simplemente determinar la disponibilidad colectiva de las mismas en relación a determinados institutos, debiendo –asimismo- delimitar el ámbito de la negociación, pudiendo llevarlo a nivel de empresa con la debida participación del sindicato con personería gremial que represente al colectivo de trabajadores.

En el breve tiempo que nos depara escribir esta nota se nos ocurren las siguientes instituciones del derecho individual que podrían ser objeto de esta *disponibilidad colectiva*:

- *Suspensiones*: hay que ser creativo. Las suspensiones dispuestas por la LCT (falta o disminución de trabajo, fuerza mayor y concertadas) pueden resultar insuficientes para afrontar la crisis. En ese sentido, se podrán negociar suspensiones por más plazos que los que se establecen para las suspensiones por fuerza mayor, o establecer mecanismos más flexibles para decidir las. Por ejemplo, evitar la homologación Ministerial que en este momento es una verdadera quimera.
- *Despidos temporales*: extinguir el contrato de trabajo con el compromiso de retomar en un determinado tiempo. Este instituto funciona en España y particularmente en este momento se está aplicando para los trabajadores de los hoteles. Podría disponerse el tiempo en que el trabajador va a quedar desempleado, si será con pago o no de indemnizaciones y con la obligación de retomar al empleado a futuro.
- *Vacaciones*: ceñirse en este momento a las disposiciones de la LCT en cuanto a tiempo, época de otorgamiento y hasta pago de las mismas, parece utó-

pico por no decir irrealista. La negociación colectiva en la crisis puede claramente modificar tales disposiciones en beneficio de la producción y de empleabilidad.

- Nuevas contrataciones: extender períodos de prueba, exenciones de cargas sociales, habilitación de pasantías, nuevos modelos de contratación a tiempo parcial, podrían ser formas de fomentar la empleabilidad, tentando al capital a tomar trabajadores y no como ha sido hasta el presente cuya natural predisposición es a no aumentar las plantillas de personal.
- Horarios de trabajo: permitir la disponibilidad de la organización empresarial en la medida que ello importe una mejora de la productividad que permita una salida más rápida de la crisis. Algo así incorpora la Resolución Ministerial Nro. 219, reglamentaria del DNU 297/2020.
- Régimen de licencias por enfermedad: en las que habrá que insertar las consecuencias (inciertas todavía) de esta maldita pandemia.

Es cierto que cuando uno hace una descripción de estos temas en relación a nuestra proposición de dejarlos librados a la disponibilidad colectiva, no deja de preocupante en razón de las consecuencias no queridas de esta propuesta. Ahora bien, no es menos cierto que estando como estamos ante una crisis de proporciones inimaginables- seguramente más graves que la del año 2001 ya que se agrega a nuestra propia crisis, la gran depresión mundial que inexorablemente sucederá- las soluciones tienen que ser en el terreno del riesgo; asumiéndolos .

En ese sentido, confío en nuestro instinto de supervivencia. Quien no lo entienda, quedará claramente marginado por la propia dinámica de la situación.

No se nos ocurre pensar que hoy en día y frente a este panorama, alguien esté priorizando la recomposición de la paritaria o pensando romper un contrato de trabajo porque no le dieron las vacaciones en el momento en que dispone la LCT o despidiendo insensiblemente a un trabajador invocando la situación de fuerza mayor. Quienes así actúen, no estarán a la altura de las circunstancias que nos tocan vivir y deberán asumir las consecuencias de tal proceder.

Por último, vale especialmente destacar que solamente el comportamiento responsable y humanista de los sindicatos y los empresarios unidos; mancomunados, despojados de intereses que antes podrían resultar legítimos pero que ahora lucen como mezquinos, son los que podrán hacer que esta enorme dificultad pueda ser resuelta lo más rápidamente posible.

Resulta difícil confiar en que mágicamente sea este Estado nuestro, el que pueda dar una respuesta a la salida de la crisis. El único recurso que actualmente dispone el Estado argentino es la emisión monetaria y como la experiencia nos lo ha mostrado, la utilización indiscriminada de tal herramienta ha generado procesos inflacionarios y peor aún, hiperinflacionarios.

La lucha contra este enemigo invisible que puede anidar en cada uno de

nosotros, es una actitud individual y colectiva. *Yo me cuido para cuidar al otro.* Quizás esa solución tan diseminada en estos días deba ser aplicable a las relaciones laborales de modo de “cuidarnos”. El “trabajo” deberá cuidar al “capital” y el “capital” deberá cuidar al “trabajo.” Esa puede ser la consigna del tiempo que vendrá.

Cierro con una frase que citó un gran Mario de otro gran Mario: *“Por mas que el presente sea de turbación e incertidumbre, y aunque hayamos perdido tantos sueños, no cometamos la imperdonable tontería de perder también nuestra esperanza.”*³

3 BENEDETI, Mario, citado por Ackerman, Mario en *Si son humanos no son recursos*, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2017.

TRABAJO Y COR ONAVIRUS

por Jorge SAPPÍA¹

Cita: RC D 1540/2020:

El autor efectúa el análisis de la incidencias esenciales de la pandemia del coronavirus en las relaciones de trabajo, la valoración del instituto de fuerza mayor en la actual coyuntura y formula propuestas para asistir a los trabajadores y empresas jaqueados por la parálisis.

Evidentemente el título de esta colaboración plantea una cuestión totalmente ajena a la rutina de los análisis jurídico laborales acostumbrados. Por eso tengo para mí que la emergencia sanitaria a la que estamos avocados y a la que nos hallamos sometidos, ha influido de modo categórico en el ordenamiento de las relaciones de trabajo. Esto se expresa en que se han modificado de algún modo algunas disposiciones contenidas en las normas vigentes. No se trata de una situación que se vincula solamente con el mundo del trabajo, por el contrario éste recibe los efectos de situaciones que se desarrollan en el más alto nivel de la pirámide jurídica. Digo que la emergencia sanitaria ha determinado que el Poder Ejecutivo Nacional, a través de un Decreto de Necesidad y Urgencia haya resuelto limitar el ejercicio de un derecho individual conferido por la Constitución Nacional a todos los habitantes de la Nación, como es el de transitar el territorio argentino.

Lo más trascendente es que la ciudadanía toda ha comprendido la gravedad de la emergencia y ha consentido esa limitación constitucional. Entonces la cuestión laboral debe entenderse en el marco de esa realidad, que confiere a la normativa aplicable para afrontar la emergencia y en relación al trabajo, la condición de legislación de excepción, en un país que se encuentra en condiciones objetivamente excepcionales. Podría echar mano de la expresión usada por el Comité de Libertad Sindical de OIT, para justificar la prohibición de la huelga: Estamos en una situación de crisis nacional aguda. Una precisión más. Respecto de la excepcionalidad debe decirse que ello tiene un plazo aún no determinado pero determinable por la constatación del cese de los efectos de la pandemia que nos afecta.

En ese marco, el deber del trabajador de prestar sus servicios al empleador y la obligación de este de remunerarlos han sufrido importantes alteraciones, tanto que en casos quedan excluidos de ser puestos en acto. Así tenemos que todo el sistema de la ley general de contrato de trabajo, destinado a resolver la problemática de la continuidad del vínculo en condiciones económicamente críticas o lisa y llanamente impeditivas, ha quedado trastocado. Ello porqué las situaciones prefiguradas en el art. 221 de la Ley 20744, llámese falta o disminución de trabajo o fuerza mayor han sido pensadas para regular la cuestión planteada entre una empresa y sus

1 Ex Ministro de Trabajo de Córdoba, ex Secretario de Trabajo de la Nación y Profesor Consulto de Derecho del Trabajo de la Universidad Nacional de Córdoba. Abogado laboralista.

trabajadores. Me refiero no solo a la caracterización de esas figuras que expresan la crisis, sino a los elementos que las constituyen. Debo recordar para evitar confusiones que frente a estas dos causales de naturaleza económica la primera y de causas fácticas la segunda, la ley admite que el empleador suspenda la prestación del servicio y su contraprestación, el pago del salario.

La falta o disminución de trabajo ha requerido para ser admitida, en la opinión de la doctrina y la jurisprudencia, de la demostración que la situación se arrastró durante algún tiempo y que el empleador ensayó arduas gestiones para superarla. La emergencia se puso en evidencia el 3 de marzo de 2020, día en que se produjo la primera muerte por la pandemia y dos semanas después se prohibió a los argentinos salir a la calle, e ir a trabajar obviamente. Ello no representa la posibilidad de argüir falta o disminución de trabajo. En todo caso eso se comprobará muchos después, cuando la emergencia haya sido superada, pero de hecho hoy no aparece posible suspender y menos despedir por esta causa, en términos de legitimidad.

En cuanto a la fuerza mayor el examen del tema se complica más todavía, porque si bien es cierto que el art. 219 de la LCT, solo exige para que sea aceptada que haya sido debidamente comprobada, no es menor cierto que hoy y aquí, la existencia de la fuerza mayor es suficientemente ostensible como para no queden dudas. La complicación a la que aludo nace del DNU 297/2020 del P.E. cuando impone la prohibición de trabajar con el pago íntegro de las remuneraciones a quienes no van a prestar servicios.

¿Como calificar esta circunstancia a la luz de las normas laborales vigentes? Evidentemente no es una hipótesis de fuerza mayor, pues hay un pago obligatorio, que no es salario, pues este exige de la prestación previa y no se vincula para nada con el Convenio 95 de la OIT. La pregunta podría responderse señalando que estamos en presencia de una prescripción normativa de excepción que impone una carga económica de naturaleza asistencial a los empleadores. Pero esto no resuelve la cuestión, porque tengo la información de que en el sector patronal hay casos en que se está acudiendo a la suspensión por causa de fuerza mayor, sin pago de salarios. Insisto en que es equivocado aludir a esa causal del art. 221 LCT, en estas circunstancias, salvo que se hubiera dado que antes del dictado del DNU 297, impidiendo la prestación de los servicios, algún colectivo de trabajadores hubiera estado suspendido por aquella causal, por lo que el DNU 297/2020, resultaba no operativo.

Mi propuesta es que se modifique el tenor del dispositivo presidencial, que considero plenamente justificable en aras de la solidaridad social. Sin embargo creo que atendiendo a las posibilidades de las empresas, naturalmente jaqueadas por la parálisis que afecta a la producción, sobretudo la pequeñas y medianas, se elabore un plan donde la obligación de asistir a los trabajadores exhiba un perfil menos oneroso. Es decir traspolar el objetivo del art. 223 bis LCT, que permite a los empleadores cuyos trabajadores se encuentran suspendidos, entregarles una compensación dineraria en forma de daciones no remunerativas. De ese modo se haría menos dificultoso el trance actual, para ambas partes de la relación.

DEBER DE PREVENCIÓN Y RIESGO VIRAL

por Ricardo Francisco SECO ¹

Compendio sinóptico, completo y actualizado, de conceptos y normas constitucionales, civiles, laborales y sobre riesgos laborales que deben tenerse en cuenta y aplicarse en los ambientes de trabajo frente a la contingencia nacional del coronavirus, así como sobre las consecuencias de los incumplimientos.

I. Introducción

Vivimos inmersos en la pandemia del coronavirus, COVID-19. Finalmente llegó a la Argentina y generó diversos problemas que se proyectan, entre otros ámbitos, en las relaciones laborales. Nos ocuparemos de la prevención y riesgo viral en las vinculadas con trabajadores de empresas regidos por el Derecho del Trabajo, tanto los prevalentemente privados como los públicos pero que son regidos por la LCT o estatutos especiales.

Se van dictando variadas normas heterónomas, de diversos niveles, que afectan al trabajo de esta clase de trabajadores e inciden en la actividad cotidiana de ellos y de los empleadores.²

II. Derecho a la prevención. Deber de prevención

A. Las normas constitucionales y supraleales

1. El derecho a la prevención tiene jerarquía constitucional. Se deriva de modo implícito del “deber general de no dañar” del art. 19, CN, como lo ha declarado la CSJN³, interpretando a contrario sensu la prohibición de las acciones que perjudican a los terceros. El deber de evitar los perjuicios está comprendido en el Preámbulo de la CN que manda a “afianzar la justicia” y “promover el bienestar general”.

Se desprende de los arts. 41, 42 y 43, CN, referidos al derecho a la protección de un ambiente sano, la tutela de la prevención de los consumidores y usuarios de bienes y servicios en la relación de consumo y a la transparencia del mercado y la competencia.⁴

1 Abogado y notario (UCC), Doctor en Derecho y Ciencias Sociales(UNC), profesor de DTySS en la UCC y en la UBP y de posgrado en varias universidades argentinas y una extranjera, publicista, Presidente de la Sala de Derecho Laboral y Procesal Laboral del Instituto de Investigaciones Jurídicas, e investigador Universidad Blas Pascal, exvocal de la Cám. Civ., Com., Trab. y Flia., Cruz del Eje.

2 Ver entre otros D.N.U. N° 260, “Emergencia sanitaria” (B.O. 12/3/2020); D.N.U. N° 297 (B.O. 20/3/2020),”

“Aislamiento social preventivo y obligatorio”; resolución N° 202/2020, MTySSN (B.O. 13/3/2020); resolución N° 207/2020, MTySSN (B.O., 16/3/2020); resolución N° 219, 20/3/2020, MTySSN.

3 Ver GNECCO, Lorenzo P., *Acción preventiva de la responsabilidad civil en el derecho laboral*, Thomson Reuters-La Ley, Buenos Aires, 2018, p.4.

4 CSJN, 14/9/2004, “Vizzoti, Carlos Alberto c/ Amsa S.A.”

A su vez el art. 14 bis de la CN manda a los poderes del Estado a que tutelen al trabajador con “condiciones dignas y equitativas de labor”. El trabajador es sujeto de preferente tutela constitucional.⁵

2. Instrumentos internacionales, integrantes del bloque de constitucionalidad federal, art. 75 inc.22, CN, se refieren a la seguridad e higiene en el trabajo como son: Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, Bogotá, 1946, Art. XIV; PIDESC, N.U, 1966, arts. 7º y 12, Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, Nueva York, 1967, art. 5º. Ellos tienen raigambre constitucional.

3. La función preventiva se encuentra prevista en el Convenio 155 de la OIT sobre seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo⁶, y el Protocolo de 2002 y el Convenio 187 de la OIT⁷, normas supralegales aunque infraconstitucionales- y otras normas de inferior jerarquía.⁸ Muchas razones justifican preferir el prevenir que curar, procurar evitar los daños antes que resarcirlos. El resarcimiento en un segundo momento.

B. El Código Civil y Comercial

La prevención del daño se encuentra prevista en el nuevo Código Civil y Comercial vigente en una primera etapa frente al daño, “actuación *ex ante*”, destinada a *impedir su producción, continuación o agravamiento, estableciéndose un deber general de hacer o de abstención.*⁹ Refiere el art. 1710:

“Deber de prevención del daño: Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa de: *a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas de enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo.*”

Para el obligado el deber citado comprende un *dar* (vgr. entregar a los trabajadores elementos de protección personal, instrumentos o maquinarias seguras para

5 Ver CSJN, Fallos 308:1160;308:119, “Peón Juan y ot.c/Centro Médico del Sud S.A.”, 17/3/1998, LL 1998-D,596; “Aquino Isacio c/Cargo Servicios Industriales”, 21/9/2004.

6 Ratificado por la ley 26.693 (B.O.,26/8/2011).

7 Ratificados por la ley 26.694 (B.O.,26/8/2011).

8 Para CAPARROZ, Fernando Javier, comentario al art. 75 en *Ley de Contrato de Trabajo comentada*, ACKERMAN (Dir.), SFORSINI (Coord.), Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Tomo I, 2016, p. 624, entró en vigencia el 13/1/2014, aunque su vigencia interna debe considerarse desde el 27/7/2011, fecha de su sanción, como lo dijo la CSJN, 26/3/2014, “Pinturerías y Revestimientos S.A. s/Quiebra”. La Recomendación 164 de la OIT, sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981 es clara, en especial en el punto 10, sobre obligaciones de los empleadores y el punto 16 sobre los deberes de los trabajadores.

9 GNECCO, ob.cit., p.6.

su desempeño laboral), un *hacer*, capacitar a los trabajadores bajo su dependencia en materia de higiene y seguridad, colocar vallados, avisos de prevención, ejecutar tareas) como acciones positivas; pero además un *no hacer*, acciones negativas, consagrando un deber de diligencia de actuar, un obrar adoptando las conductas razonables de acción o abstención pertinentes.¹⁰ Se discute si se trata de obligaciones de medio o de resultado.¹¹

C. El deber de prevenir daños a sí mismo

Las personas por instinto tienden a prevenirse de los males cuidando de su propia vida y salud. La protección de la propia salud, comprendida en el deber genérico de cuidado de la propia vida- compartimos- *constituye un deber moral y un derecho natural*. En su cumplimiento habrá que distinguir lo que se debe hacer y lo que no se debe hacer.¹²

Existe un derecho a la salud, relacionado con el derecho a la vida; pero a una vida propiamente humana que, en el caso del dependiente en relación con el empleador, se vincula con los principios de *buena fe, colaboración y solidaridad* de los arts. 62 y 63 de la LCT. Allí la autopreservación tiene un fundamento moral y jurídico claro.

D. El deber de prevenir el daño a los demás

Se funda en el derecho natural, el que *prohíbe la destrucción y el abuso de los bienes que no nos pertenecen*. El deber de evitar los daños a los demás tiene contenido moral y jurídico.¹³ El *alterum non laedere*, deber jurídico genérico, preexiste a toda relación jurídica. Presenta un aspecto negativo como es *no dañar*; también uno positivo que implica que el sujeto está obligado a *tomar las medidas adecuadas para no menoscabar la persona y bienes de otro*.

E. En el ámbito laboral

En *la prevención es responsabilidad primaria del empleador* (art. 26, LCT). Éste es titular del poder de organización y dirección de la empresa (arts. 64 y 65, LCT), organiza y controla o puede controlar el ambiente laboral y las condiciones de trabajo y procurar evitar los riesgos; es el principal beneficiario de la generación de aquéllos. Crea el riesgo y debe ser garante de la indemnidad de los trabajadores.¹⁴

Puede haber pluralidad de obligados en este ámbito. Por ello se incluye al *Estadado*, con facultades y responsabilidades indelegables en el tema, vgr. obligaciones de promoción, por medio de políticas, sistemas y programas en ambientes de

10 CAPARROZ, ob. cit., p.610.

11 Ídem nota anterior.

12 GNECCO, ob. cit., p.14.

13 GNECCO, ob.cit.,p.19.

14 GNECCO, ob.cit., p. 218; ACKERMAN, Mario E., *Tratado de Derecho del Trabajo*, ACKERMAN (Dir.), TOSCA (Coord.), Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2007, T. VI, p.18.

trabajo seguros y saludables, Convenio 187 OIT, velar por el cumplimiento de las normas sobre higiene y seguridad en el trabajo, y además con facultades de control y sanción.¹ También a los *fabricantes y proveedores de bienes* que se utilizan en la actividad de trabajo.²

El *deber de previsión* “abarca el conjunto de medidas que el empleador debe adoptar en relación a las condiciones particulares de la tarea o función para evitar que el trabajador sufra daños en su persona o en sus bienes o se afecte su dignidad.”³ Otra perspectiva dice que “la obligación(o deber o deuda) de seguridad evoca al cúmulo de acciones exigibles al empleador para tutelar la integridad psicofísica de cada uno de los trabajadores que dependen de él”.⁴ Su fundamento es el *principio de indemnidad*, derivado del principio protector, en el marco del contrato de trabajo. No es posible- como dice el papa Pío XI en la encíclica *Quadragesimo anno*, 135- que de las fábricas salga ennoblecida la materia inerte, pero los hombres se corrompan y se hagan más viles. El trabajador pone su capacidad de trabajo a disposición del empleador sometiéndose a sus poderes de dirección y disciplinarios. Pero estos no deben ser nocivos para el trabajador el que debe resultar indemne en su prestación.

El trabajador *se gana la vida con el trabajo*, art. 6.1 del PIDESC. No debe perderla en él. Es ajeno a los riesgos del empresario y no debe sufrir daño alguno en el ejercicio de su labor, arts. 1716 y 1717 del CCyCom.

Mirado desde la posición del trabajador, se trata de un *derecho subjetivo de origen contractual cuyo sujeto obligado es el empleador*.⁵

1. La Ley de Contrato de Trabajo

La LCT, en su art. 75, sustituido por art. 1º de la Ley 27.323 (B.O., 15/12/2016) consagra el “*Deber de seguridad*” prescribe las responsabilidades generales del empleador así como la facultad del trabajador de rehusarse a la prestación de tareas ante la existencia de peligro inminente de daño o incumplimiento⁶.

1 CAPARROZ, ob.cit., p.610.

2 GNECCO, ob.cit., p.209.

3 FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos, *Ley de Contrato de Trabajo*, Erreius, Buenos Aires, 2018, T.II, p.953.

4 CAPARROZ, ob.cit.,p.608.

5 CAPARROZ,ob.cit.,p.609. Ver GNECCO,ob.cit.,p.218; LIVELLARA, Carlos Alberto, comentario art. 75 en *Ley de Contrato de Trabajo comentada, anotada y concordada*, RODRÍGUEZ MANCINI (Dir.), BARILARO (Coord.), Thomson Reuters-La Ley, 2ª ed. actualizada, 2014, T.II, 963.

6 “El empleador debe hacer observar las pautas y limitaciones a la duración del trabajo establecidas en la ley y demás normas reglamentarias, y adoptar las medidas que según el tipo de trabajo, la experiencia y la técnica sean necesarias para tutelar la integridad psicofísica y la dignidad de los trabajadores, debiendo evitar los efectos perniciosos de las tareas penosas, riesgosas o determinantes de vejez o agotamiento prematuro, así como también los derivados de ambientes insalubres o ruidosos.

Está obligado a observar las disposiciones legales y reglamentarias pertinentes sobre higiene y

Interesa examinar ahora el deber del empleador de adoptar las medidas que según el tipo de trabajo, la experiencia y la técnica sean necesarias para tutelar la integridad psicofísica y la dignidad de los trabajadores, como también la obligación de observar las disposiciones legales y reglamentarias pertinentes sobre higiene y seguridad en el trabajo.

2. Ley 19.587 de Higiene y Seguridad

El empleador está obligado a “crear las condiciones de trabajo adecuadas y seguras de acuerdo con los dictados de la experiencia y de la técnica. En tal sentido deben adoptarse todas las medidas necesarias para excluir el daño evitable, impuestas por la ley (la Ley 19.587, B.O., 28/4/1972, y su Decreto reglamentario 351/79) y las que sean necesarias según el tiempo de trabajo y las condiciones en que se realiza, aunque no estén previstas por la ley o convenio colectivo...”⁷ El art. 4º de la Ley 19.587 define un amplio concepto de higiene y seguridad⁸, lo que es complementado en los arts. 5, 8 y 9 de la misma ley. Las previsiones de ese artículo se complementan con lo que prevén los arts. 5º, 8º y 9º de la misma ley.

3. Ley de Riesgos del Trabajo

Uno de sus primeros objetivos en la prevención de los riesgos, art. 1.2.a, e impone a las partes diversos mecanismos.⁹ El deber de adoptar las medidas legalmente previstas para prevenir eficazmente los riesgos del trabajo es uno de ellos, art. 4º.1.

III. Deber de prevención y riesgo viral

Con respecto al coronavirus y las relaciones laborales se presentan algunas situaciones:

seguridad en el trabajo. El trabajador podrá rehusar la prestación de trabajo, sin que ello le ocasione pérdida o disminución de la remuneración, si el mismo le fuera exigido en transgresión a tales condiciones, siempre que exista peligro inminente de daño o se hubiera configurado el incumplimiento de la obligación, mediante constitución en mora, o si habiendo el organismo competente declarado la insalubridad del lugar, el empleador no realizara los trabajos o proporcionara los elementos que dicha autoridad establezca.”

7 FERNÁNDEZ MADRID, ob. cit., p.985.

8 “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 trabajo; c) estimular y desarrollar una actitud positiva respecto de la prevención de los accidentes o enfermedades que puedan derivarse de la actividad laboral.”

9 LIVELLARA, ob.cit., p. 985. Ver SPÍNGOLA, María Laura, *Ley 19.587. Norma básica sobre las condiciones de higiene y seguridad en el trabajo en el establecimiento con o sin fines de lucro, siendo el empleador público o privado, para todo el territorio de la República Argentina*, en *Derecho del Trabajo comentado*, PIROLO, M. A. (Dir.), Tomo III, Thomson Reuters-La Ley, Buenos Aires, 2017, p.460 y sgtes.

A. Deberes del empleador:

1. *Informar a sus trabajadores sobre medidas de protección ante el coronavirus.* Se funda en la Ley 19.587, art. 5º incs. “n) observancia de las recomendaciones internacionales [...]” y “ñ) difusión y publicidad de las recomendaciones y técnicas de prevención que resulten universalmente aconsejables o adecuadas”, y Recomendación 164,OIT punto 10.¹⁰

2. *Adoptar medidas de seguridad en la empresa.* Se basa en el art. 75, LCT, la ley 24.557 LRT, art. 1.2 y en la Recomendación 164,OIT punto 10.

Su alcance dependerá de la empresa y de la actividad laboral de que se trate dentro de ella como de las posibilidades de contacto personal para la posible transmisión del virus. El empleador debería cumplir con una obligación de *dar*: *vgr*: entregar a los trabajadores elementos de protección personal, instrumentos o maquinarias seguras para su desempeño laboral. También con un *hacer*: capacitar a los trabajadores bajo su dependencia en materia de higiene y seguridad para el caso, colocar vallados, avisos de prevención, etc.

Respecto del personal excluido del aislamiento social, preventivo y obligatorio, art. 6º del DNU 297/2020, 19/3/2020, ese mismo artículo *in fine* prevé: “...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.*”

3. *No exigir actos peligrosos.* El empleador no puede obligar al trabajador a viajar a una zona de riesgo como las declaradas por el art. 4º del DNU 260/2020, o las que agregue la autoridad de aplicación, ni salir a la calle en periodo de cuarentena y a sitios públicos, o a permanecer en sitios privados sin protección cuando excepcionalmente le corresponda trabajar. El trabajador podrá rehusar la prestación de trabajo, sin que ello le ocasione pérdida o disminución de la remuneración, si ello le fuera exigido en transgresión a condiciones de higiene y seguridad o que exista peligro inminente de daño, art. 75, 2ª parte,LCT. Si lo hace, el empleador podría incurrir en un abuso del derecho, art. 68 LCT.

4. Si le propone al trabajador teletrabajo o trabajo en casa, en tanto éste sea posible y aquél aceptara, sin afectarse lo previsto por el art. 66, LCT (art. 1º,resolución N° 219, 20/3/2020, MTySS) debe *proporcionar los elementos materiales o no para permitirle prestar servicios, avisar a la ART que lo cubrirá*(resolución de la SRT N° 21/2020, 16/03/20), e *indicarle las condiciones de trabajo en las que debe desenvolver su actividad.*

B. Deberes del trabajador:

1. *Cumplir con las medidas de seguridad que se dispongan en la empresa, en especial respecto del coronavirus,* art. 10 inc.a) Ley 19.587.

10 Ver las indicaciones que se vierten *vgr*.en <https://www.argentina.gob.ar/salud/coronavirus-COVID-19> y de la OMS <https://www.who.int/es>, consultadas el 20/3/2020.

2. *Informar al empleador si viajó recientemente a una zona de riesgo o si estuvo cercano a un sospechoso de haberse infectado.* El trabajador está obligado a cooperar con la empresa en materia de seguridad y salud con fundamento en las normas genéricas de los arts. 62 y 63 de la LCT y el punto 16 Recomendación 164 OIT. La omisión de esa clase de información puede significar incumplir obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales y hacerlo pasible de una sanción disciplinaria. Asimismo debe someterse a aislamiento obligatorio o preventivo, según corresponda.¹¹

3. *Informar al empleador si tiene síntomas, art. 209, LCT, y si los tiene abstenerse de ir a trabajar, arts. 62 y 63, LCT y el punto 16 Recomendación 164 OIT.* Trátándose de una pandemia, la enfermedad podrá ser considerada -en principio- como inculpable. Deberá procederse de acuerdo al art. 208 y concordantes de la LCT.

4. *Someterse al control del médico* designado por el empleador, art. 210, LCT, luego de la comunicación de una enfermedad inculpable. Pero también deberá someterse a exámenes médicos preventivos que disponga el empleador fuera de ese marco, art. 10 inc.b), ley 19.587, aunque vinculado con relación a la enfermedad de que se trata y con respeto a la dignidad del trabajador.

5. Cumplir el aislamiento obligatorio o preventivo según lo decidan las autoridades sanitarias o las medidas adoptadas por el gobierno ante la existencia de peligro para la salud de la población y para evitar los riesgos de contagio. Los trabajadores en aislamiento preventivo no están afectados por un accidente o una enfermedad; están vigilados y recibiendo asistencia sanitaria con la finalidad de diagnosticar su estado. Ello les impide acudir al trabajo (DNU 260/2020, B.O., 12/3/2020 y DNU 297/2020, B.O., 20/3/2020).

La infección por coronavirus quizás pueda calificarse como accidente o enfermedad profesional en el marco de la LRT en caso de médicos y demás profesionales de la salud, tripulantes de cabina de aviones, conductores de vehículos como taxis o colectivos, tripulantes de cruceros internacionales, personal de seguridad, etcétera, sujetos a un mayor nivel de exposición. Sus actividades implican un contacto físico muy cercano con muchas personas y en ambientes cerrados. En otros casos también podrían serlo, pero la prueba de la causa será más compleja.

IV. Medidas y riesgo específico por coronavirus

Por Res. 29/2020 del 21/3/2020 la SRT estableció que las ART tienen el deber de proveer un modelo digital de afiche informativo sobre medidas de prevención específicas acerca del Coronavirus COVID-19 a todos sus empleadores afiliados (art. 1) y a la vez aprobó el “documento “SARS-Cov-2 Recomendaciones y medidas de prevención en ámbitos laborales”, según el anexo II (art. 3). La normativa establece un completo documento de Recomendaciones y Medidas de Prevención Laborales.

11 DNU 260/2020 (B.O., 12/3/2020); DNU 297/2020 (B.O., 20/3/2020).

Asimismo, se insertan las posibles situaciones de exposición laboral, comprendiendo, conforme la resolución, a los siguientes contingentes laborales: “Personal sanitario asistencial y no asistencial Personal de laboratorio responsable de las pruebas de diagnóstico virológico. Conductor de ambulancia, si hay contacto directo con el paciente trasladado, Personal no sanitario que tenga contacto con material sanitario, fómites o desechos posiblemente contaminados (limpieza, desinfección, eliminación de residuos, lavado de ropa contaminada, etc), Trabajadores de las empresas funerarias, Cuidadores a domicilio, Personal de geriátricos, Conductores de transportes públicos, Personal de seguridad, Policías, Bomberos y personal de salvamento”.

Sin embargo, “independientemente de ello, para cada caso en particular se deberá realizar el análisis de riesgos correspondiente para determinar la exposición y los elementos de protección personal específicos”. De tal forma, queda abierta la causalidad laboral en el contaminación. En concreto, no se trata de una enfermedad “listada” sino que, de en todos los casos en que se detecta puede existir o no nexo causal que genere cobertura. Es más, se presume tal nexo causal si existió exposición o probabilidad de contagio.

V. Incumplimiento de las normas de prevención por el empleador

Ante el incumplimiento de las normas de prevención por el empleador el trabajador dispone de varias posibilidades:

1. La *retención de tareas*, en base a la *exceptio non adimpleti contractus* ahora prevista en el art. 75 de la LCT, los arts. 1031 y 1032 del CCyCom. y art. 13 del Convenio 155 de la OIT.

2. La *acción preventiva* que prevé el art. 1711 del CCyCom. la cual “procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución.” Según el art. 1712 están legitimados para reclamar “quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño.” En el art. 1713 se prevén los efectos de la sentencia en el caso la que “debe disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda; debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad.”

3. Si el incumplimiento configura una injuria de gravedad que impida la prosecución del contrato de trabajo, podrá darse por despedido indirectamente, previa intimación al cumplimiento, arts. 242, 245 y 246, LCT.

4. La reparación de los daños y perjuicios, art. 75, LCT, y art. 1716 y sgtes. del CCyCom.

LA SOLIDARIDAD NECESARIA Y LA ESPERANZA POSIBLE

Reflexiones sobre el Covid-19 y su impacto en el mundo del trabajo

por Daniela FAVIER¹

Cita: RC D 1527/2020

La situación imperante obliga a reflexionar sobre el COVID-19 y su impacto en el ámbito laboral, a la emergencia ocupacional de diciembre nos enfrentamos a la emergencia sanitaria que pone en juego lo más preciado y fundamental que es la vida humana. El presente análisis, intenta recorrer la normativa de emergencia y las posibles interpretaciones de las mismas dentro del contexto del derecho del trabajo. Jugando un papel fundamental el accionar colectivo por sobre los intereses individuales y el “sálvese quien pueda”.

“El hombre es el único ser capaz de una conducta ascética negándose posibilidades actuales para recuperaras después. Es el único ser, por lo tanto, capaz de proyectar el futuro ahorrándose costos e insumos presentes”.

CAPÓN FILAS²

1. Introducción:

La situación imperante obliga a reflexionar sobre el Covid-19 y su impacto en el ámbito laboral, a la emergencia ocupacional de diciembre nos enfrentamos a la emergencia sanitaria que pone en juego lo más preciado y fundamental que es la vida humana.

El presente análisis, intenta recorrer la normativa de emergencia y las posibles interpretaciones de las mismas dentro del contexto del derecho del trabajo. Jugando un papel fundamental el accionar colectivo por sobre los intereses individuales y el “sálvese quien pueda”.

2 Derivaciones reflexivas del plexo normativo de emergencia y aplicable al ámbito personal de los trabajadores y trabajadoras del sector público como privado.³

Del plexo normativo de emergencia, nos encontramos que esta emergencia sanitaria, por la situación de pandemia declarada por la OMS⁴, obligó a activar los

1 Abogada. Doctora en Ciencias Jurídicas y Sociales. Relatora de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza. Hizo el curso de especialización de derecho laboral para expertos latinoamericanos en la Universidad de Castilla La Mancha, Toledo, España; profesora de grado y posgrado e invitada por varias Universidades Nacionales, publicista y conferencista en encuentros provinciales, nacionales e internacionales.

2 CAPÓN FILAS, Democracia real y diálogo social, Editorial Platense, año 2016, pág. 59.

3 <http://servicios.infoleg.gob.ar>

4 El 11 de marzo la Organización Mundial de la Salud calificó al brote del Coronavirus como

resortes necesarios para la protección de la salud de toda la población restringiendo su libre circulación en función de aminorar el impacto de la llegada a nuestro país del virus y su propalación.

Esta mirada implicó la afectación directa del mundo del trabajo, al ordenar el **aislamiento, preventivo y obligatorio** para toda la población con determinadas excepciones⁵. Es decir, nos encontramos con la afectación de diversos universos personales y así tenemos como principio que el aislamiento, preventivo y obligatorio afecta a toda la comunidad.

De allí, que podemos decir que la normativa de emergencia **distingue dos universos personales afectados**⁶:

A) -aquellas personas que no tienen suspendido el débito laboral, por lo que deben concurrir a sus lugares de trabajo por ser parte de las actividades señaladas como esenciales, las que sólo pueden tener justificada la ausencia si tienen a su cargo niños, niñas y adolescentes que por suspensión de las clases presenciales se encuentren en los hogares⁷. Ese débito se ve excepcionado, si se trata de, embarazadas o de grupos de riesgos (enfermos o con afecciones crónicas).

Por lo tanto, cobrarán sus salarios correspondientes con toda normalidad y sin ningún descuento, siendo beneficiarios, inclusive, de asignaciones especiales para los que están en el sector salud estatal⁸.

B) aquellas personas que tienen suspendido el débito laboral y dentro de este universo nos encontramos con dos sub-grupos:

- **los que pueden realizar tareas a distancia, o análogas** conforme la buena fe y en acuerdo con el empleador para la adaptación de las mismas y la correspondiente comunicación a la ART de la nómina del personal que se queda en aislamiento, pero prestando servicios a distancia.

Estos, evidentemente tienen derecho al cobro de sus salarios correspondientes⁹.

- **los que no pueden realizar tareas a distancia**, en este supuesto el plexo

una pandemia. 12 de marzo, se dicta el Decreto DNU 260/2020 por el que se amplía la emergencia pública en materia sanitaria establecida por Ley 27.541.

5 DNU 297 del 20 de marzo del 2020. establece “aislamiento social, preventivo y obligatorio”, desde el 20 hasta el 31 de marzo inclusive del corriente año, con posibilidad de ser prorrogado, con excepción de aquellos que se desempeñen en actividades esenciales (salud), el que luego es ampliado por Decisión Administrativa 429/2020 del 20 de marzo del 2020.

6 Resolución 202/2020 del 13/03/2020; art. 7, DNU 260/2020; Resolución 207/2020 del 17/03/2020, exceptúa a los mayores de 60 años, salvo que estén incluidos en los servicios esenciales; embarazadas y enfermos o con enfermedades crónicas, estos últimos no podrán ser categorizado como personal esencial. Decisión Administrativa 429/2020.

7 Resolución 207, art. 4

8 Resolución 315/2020 del 26/03/2020 se fija una asignación estímulo de carácter no remunerativo de \$5.000.

9 Resolución 279/2020 del 30/03/2020

normativo acompaña a estas personas con una suspensión del débito laboral concertado con el empleador a la luz del art 223 bis de la LCT¹⁰, es decir, perciben una prestación no remunerativa.

En consecuencia, para los supuestos en los que la labor se sigue prestando por parte del trabajador sea en el lugar de trabajo o en la residencia donde se encuentra aislado, necesariamente requerirá de las adaptaciones necesarias de horario y distribución de la actividad en miras del cuidado de la salud laboral y sobre la base del derecho del empleador de organizar las labores razonablemente y de buena fe (arts. 62, 63 y 203, LCT) y con la posibilidad de contratar de forma transitoria y extraordinaria el personal que sea necesario (art. 99, LCT)¹¹.

Otro dato de valor, es que se observa que hay una clara voluntad en que en esta crisis se preserve la fuente de trabajo, y se refuerza con los pagos de las remuneraciones correspondientes adaptando el trabajo a las circunstancias de aislamiento o suspensiones pagas, pero de sumas no remuneratorias.

Es decir, que a la emergencia ocupacional de diciembre del año 2019 con el DNU 34/2019 que declaró la emergencia pública en materia ocupacional por el término de ciento ochenta días (180) días a partir de su entrada en vigencia (art. 1), y que, en el caso de despido sin causa, el trabajador se hace acreedor de percibir el doble de la indemnización correspondiente de conformidad a la legislación vigente (art. 2); le siguió la declaración de la presente emergencia sanitaria.

El primero con el ánimo de evitar el desempleo o aminorar el mismo, y esta última con la intención de cuidar de la salud de la comunidad con el menor impacto posible en todos los aspectos de la vida de la persona incluido el ámbito laboral.

Es decir, no se cambió emergencia ocupacional por emergencia sanitaria, se sumó una nueva situación de emergencia que intenta seguir protegiendo lo ocupacional dentro de la delicada situación de salud pública en la que nos encontramos.

Esta clara preocupación se agudizó cuando a pesar de la situación de crisis, se empezaron a ver despidos a lo largo de todo el país, lo que trajo como medida la llegada del DNU 329/2020 de fecha 31/03/2020. que prohíbe los despidos y suspensiones fundados en la fuerza mayor o falta o disminución del trabajo¹².

Pero antes de esta expresa manifestación del Estado Nacional, ya se evidenciaba de manera clara la voluntad de mantener la fuente de trabajo por tal motivo entiendo que no era necesario su dictado, aunque sí conveniente, porque igualmente no era posible ningún supuesto de suspensión motivado por estas circunstancias (arts. 218 a 221 LCT). Cuando se está contemplando la posibilidad de cumplir el aislamiento obligatorio sin prestar servicios y cobrar una suma no remunerativa¹³,

10 DNU 329/2020 del 31/03/2020, art. 3 in fine y Resolución 279/2020 del 20/03/2020

11 Resolución 279/2020 del 20/03/2020, arts. 4 y 5.

12 Arts. 2 y 3.

13 Ya lo tenía previsto la Resolución 219 que fue derogada por la Resolución 279/2020 art. 7. Y ahora lo contempla el art. 3 in fine del DNU 329/2020.

esto es evidencia que la suspensión motivada por esas causas se contradice con las normas de emergencia.

Por otra parte, si la idea es sostener la fuente de trabajo, el despido fundado en esta causal tampoco puede ser tenido como causal justificada de manera abstracta y generalizada, porque hay actividades que sí están funcionando, y que, si se encuentran en estos momentos obteniendo ingresos y aún, cuando estemos en presencia de los que no se encuentran obteniendo ingresos en forma absoluta, ese impedimento no deja de ser transitorio.

Y si bien podemos hacernos de los conceptos de fuerza mayor del Código Civil y Comercial (art. 1730) lo cierto es que en el ámbito laboral no tienen el mismo efecto ni la misma inspiración al disponer que en el caso de fuerza mayor absoluta y sostenida en el tiempo no imputable al empleador, éste debe igualmente resarcir al trabajador con una indemnización reducida (art. 247, LCT) siempre que no sea posible apelar a la suspensión por este mismo motivo evitando la extinción del contrato de trabajo (art. 221, LCT).

Pero lo cierto es, que la fuerza mayor prevista en la LCT, es para los supuestos en el que un hecho ajeno al empleador, que este no puede prevenir ni evitar y que se presenta de manera irresistible, excepcional y permanente lo obliga extinguir o suspender a uno o más trabajadores¹⁴, es decir, imposibilidad unilateral.

Debería demostrarse la imposibilidad de cumplir, y esa imposibilidad deber ser absoluta y permanente (art. 955, Código Civil y Comercial), ya que la transitoriedad no habilita la extinción del contrato de trabajo, ni aún bajo la mirada del Código Civil y Comercial (art. 956) el que la condiciona a cuando el plazo es esencial, o cuando su duración frustra el interés del acreedor de modo irreversible.

En cambio, la situación de emergencia es provisoria y reversible. Inclusive, siguiendo bajo la óptica laboral, el intentar extinguir el contrato de trabajo por este motivo, acarrea el pago de la doble indemnización, porque reitero esta causal no estaría permitida como justificante de la extinción, estamos en presencia de una situación transitoria de emergencia donde ambas partes, obviamente, se ven afectadas e impedidas de cumplir con sus respectivas obligaciones y aún, así, hay deber de pagar.

Es inhumano pedir el cumplimiento del aislamiento si no se tiene cómo subsistir.

Aclaro que esto sería para aquellos supuestos que las labores no se pudieron realizar ni desde el lugar de trabajo ni desde el lugar de aislamiento, es decir, un empleador que no obtuvo ningún ingreso y no tiene como otorgar tareas (art. 78, LCT).

Por otra parte, está un trabajador que se encuentra a disposición pero que no puede concurrir al lugar de trabajo (los excepcionados). Por eso, se está **pidiendo**

14 *Ley de Contrato de Trabajo*, comentada y concordada, segunda edición, obra colectiva coordinada por Ojeda, Raúl, Editorial Rubinzal Culzoni, año 2011, pág.481.

*un sacrificio compartido*¹⁵, en efecto, las normas de la LCT deben mirarse con los ojos de la emergencia (sanitaria y ocupacional), normas¹⁶ esas que son de orden público y responden a una necesidad imperiosa de afrontar un presente y futuro incierto respecto a la salud de la población en general¹⁷.

Pero esto también nos debe permitir pensar en un dato más, puede que el virus no pudiera evitarse, pero la nota de previsibilidad podría haberse dado en el caso concreto, ya que la noticia de la existencia del virus y su especulación de que llegaría rápidamente a otros lugares del planeta no era algo unimaginable.

3. El DNU 329/2020 del 31/03/2020.

Finalmente, el DNU 329/2020, confirma con letra expresa que se prohíben los despidos y las suspensiones por el término de 60 días contados a partir de su publicación, es decir, si había duda sobre ello o no se comparte la interpretación dada en el punto anterior, el decreto refuerza la imposibilidad de invocar esta causal por un dato más, además de todos los apuntados con anterioridad, que tampoco se puede invocar el caso de fuerza mayor cuando una norma legal te lo impide, inc. b, art. 1733, Código Civil y Comercial; dando el decreto, estabilidad a la relación laboral y aclarando la inexistencia de efecto jurídico alguno a los despidos realizados en violación a tal prohibición.

4. La Resolución 279/2020 del 30/03/2020.

La Resolución 219/2020, reglamentaria del DNU 297/2020, ha sido derogada expresamente por la Resolución 279/2020 de fecha 30/03/2020, en su artículo 7, y señala, respecto a su vigencia que la misma comenzará a regir desde la entrada en vigor de la Resolución 219/2020, es decir, desde el 20/03/2020 (hacia atrás en el tiempo) y se extenderá durante todo el tiempo que dure la emergencia sanitaria.

Expuesto de esta forma, estamos en presencia de un verdadero reemplazo normativo, ya que, si observamos la resolución derogada, fue publicada en el boletín oficial con fecha 20/03/2020, y al no especificar nada respecto de su entrada en vigencia, se aplica las reglas del art. 5, Código Civil y Comercial, es decir, que recién iba a entrar en vigor a los 8 días siguientes al de su publicación en el boletín oficial. Por lo tanto, no alcanzó a entrar en vigencia que ha sido reemplazada directamente por la Resolución 279/2020 que fue dictada el 30/03/2020.

15 Esto no es nuevo, la teoría del esfuerzo compartido, se ha visto en innumerables fallos de la CSJN en tiempos de emergencia, Fallos: 330:5345, 338:349, 335:2046, 335:1512, 334:698, 332:1152, entre muchos otros. <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/consultaSumarios/buscar.html>.

16 Inc. e, art. 99, Constitución Nacional, Ley 26122.

17 Los tiempos de emergencia son también oportunidad para el diálogo donde la negociación colectiva juega un papel fundamental, ver LAS HERAS, Horacio, *La necesidad de la negociación colectiva como forma de sortear la crisis. Hacia la responsabilidad*, www.rubinzalonline.com.ar, RC D 1492/2020.

5. La Solidaridad necesaria y la esperanza posible. Reflexiones finales.

Hay una batalla en estos momentos que se libra también en los bolsillos de la gente¹⁸, poniéndolos en el dilema de cuidarse o comer, es por ello que el esfuerzo es compartido y la solidaridad es necesaria para hacer de la esperanza de salir de esta emergencia, una posibilidad cierta.

No es hora de despidos, *es hora del esfuerzo compartido y de la solidaridad*, porque esto nos afecta a todos y así como la comunidad médica y científica libra la batalla contra el virus para el bienestar de la comunidad con lo que puede, la comunidad toda debe librar la batalla del desempleo, las carencias económicas, emocionales, la vulnerabilidad en la que ha se ha caído, también con lo que puede o está al alcance.

Por la evidente razón de que es necesario que se garantice el sustento para que se pueda cumplir con el aislamiento. Quien no tiene un salario para cubrir las necesidades en aislamiento, no va quedarse en su casa, porque no puede darse ese lujo.

No todos cuentan con empleo decente, o pueden seguir prestando servicios remunerado en los lugares de trabajo, hay quienes deben quedarse en casa obligadamente, a la espera del fin del aislamiento percibiendo la suma no remunerativa dispuesta por el gobierno nacional.

Otros podrán adaptarse al trabajo a distancia, por medio de las tecnologías y hay muchos que quedarán a la deriva, trabajadores que ven como un lujo enfermarse, como pueden ser los vendedores ambulantes, como el puestito de café o de comida al paso, los autónomos del sistema y los nuevos desempleados.

Mientras recorren las calles, los precarizados de las plataformas digitales, los autónomos económicamente dependientes y llevan a los hogares los insumos necesarios para la subsistencia en medio del aislamiento.

Este universo de precarizados, despojados de protección al no ser reconocidos abiertamente como trabajadores dependientes en el mundo del trabajo son calificados de esenciales.

Hay una batalla en curso y dependerá de nosotros el éxito o el fracaso, pero cómo cuidarnos, y quedarnos en casa si no tenemos qué comer.

18 CANTÚ, Elda, *El lenguaje de la guerra se ha instalado junto con la pandemia*, The New York Times, 31 de marzo de 2020, The New York Times Company. 620 Eighth Avenue New York, NY 10018. Publicación on line.

REMUNERACIONES, SUSPENSIONES Y DESPIDOS EN EL CONTEXTO DE LA EMERGENCIA SANITARIA

por: Gonzalo BARCIELA¹

Cita: RC D 1498/2020

Las decisiones adoptadas por el Poder Ejecutivo Nacional en el marco de la pandemia del COVID-19 plantean diversos desafíos al mundo del trabajo, que obligan a remarcar la operatividad de diversos institutos que integran el orden público de protección laboral. En particular, se analizan el caso de los trabajadores que debieron permanecer en sus hogares en virtud de la suspensión del dictado de clases, como así también, la eficacia de las medidas de suspensión y despidos adoptadas por empleadores en el contexto de la Emergencia Sanitaria en vigencia del DNU 297/2020 tanto antes, como después, de la sanción del DNU 329/2020.

La verdad es concreta

BERTOLT BRECHT

I. El derecho a la remuneración de los trabajadores comprendidos por el art. 3 de la Resolución 207/2020 del MTEySS.

El párrafo primero de los Considerandos incorporados a la Resolución 207/2020 del MTEySS establece que, en el marco fijado por las medidas de profilaxis y preventivas dispuestas por el Poder Ejecutivo de la Nación, como así también, dentro del ámbito normativo sancionado por la Resolución 202/2020: “deben ampliarse los grupos de personas alcanzados por la suspensión del deber de asistencia al lugar de trabajo en función de sus características personales”, y que, en dicho contexto, debe procurarse la disminución de: “la afluencia de personas en el transporte público y en los lugares de trabajo, sin que ello afecte la producción y el abastecimiento de los bienes y servicios necesarios, manteniendo al efecto vigente el deber para aquel personal calificado de ‘esencial’”.

Asimismo, expresamente señala que la medida se dirige a: “disminuir el nivel de exposición de los trabajadores y trabajadoras usuarios de los servicios de transporte, como asimismo la contención de la propagación de la infección por coronavirus”. En particular, respecto de la suspensión del dictado de clases, indica que: “deben preverse los efectos que la misma pueda provocar en la dinámica de cuidado de los niños”.

Finalmente, pone de resalto que: “por la Resolución 202/2020 se suspendió el deber de asistencia al lugar de trabajo, con goce íntegro de sus remuneraciones, a todos los trabajadores y las trabajadoras que se encuentren en las situaciones descritas en el artículo 7° del DNU 260, con el alcance personal establecido en su artículo 2°, estableciéndose las obligaciones a las que deberán someterse las partes”.

1 Abogado egresado de la Universidad de Buenos Aires, Juez del Tribunal del Trabajo n° 1 de San Miguel, Provincia de Buenos Aires.

En orden a las razones expuestas, el artículo 3° de la Resolución 207/2020 dispone:

Artículo 3. Dispónese que, mientras dure la suspensión de clases en las escuelas establecida por Resolución 108/2020 del Ministerio de Educación de la Nación o sus modificatorias que en lo sucesivo se dicten, se considerará justificada la inasistencia del progenitor, progenitora, o persona adulta responsable a cargo, cuya presencia en el hogar resulte indispensable para el cuidado del niño, niña o adolescente. La persona alcanzada por esta dispensa deberá notificar tal circunstancia a su empleador o empleadora, justificando la necesidad y detallando los datos indispensables para que pueda ejercerse el adecuado control. Podrá acogerse a esta dispensa solo un progenitor o persona responsable, por hogar.

Ahora bien, el punto de discusión se circunscribe a determinar si los trabajadores comprendidos en el referido artículo tienen derecho a percibir su remuneración durante el lapso de tiempo que se vean precisados a permanecer en sus hogares al cuidado de sus hijos.

La posición a favor del derecho a percibir su remuneración por parte de dichos trabajadores, parte de los fines explícitos perseguidos por la Resolución, cuales son, ampliar los grupos de trabajadores alcanzados por la suspensión del deber de asistencia, evitando y/o mitigando la eventual propagación del “coronavirus”. Frente a ello, el principio general es el derecho a percibir remuneración, extremo que se enfatiza en el artículo 1° el cual refiere explícitamente al “goce íntegro” de las remuneraciones.

Si bien el artículo 3° refiere a que la ausencia del trabajador o la trabajadora por la circunstancia allí expuesta se considerará ausencia “justificada”, nada dice respecto del goce de su remuneración por el lapso de tiempo que se prolongue su inasistencia.

No obstante, se advierte que el principio general es que los sujetos comprendidos en el ámbito de aplicación de la Resolución 207/2020 gozan de su remuneración, es decir, la devengan, en tanto devengar supone adquirir un crédito en condiciones de exigibilidad. Por ello, pesa sobre quién pretenda esgrimir una distinción respecto al goce de sus haberes entre las personas agrupadas en el artículo 1° respecto de las comprendidas por el artículo 3°, la carga argumentativa dirigida a exponer el criterio por el cual dicha diferenciación obsta a la exigibilidad de la remuneración, el cual se encontrará sujeto a un “escrutinio estricto” en cuanto a su razonabilidad (Fallos: 323:2659).

Asimismo, cabe advertir que la Corte Federal ha establecido expresamente que: “es misión del intérprete de la ley indagar el verdadero alcance y sentido de ésta mediante un examen que atienda menos a la literalidad de los vocablos que a rescatar su sentido jurídico profundo, prefiriendo la inteligencia que favorece y no la que dificulta los fines perseguidos explícitamente” (Fallos: 331:2839).

De esta forma, la determinación del alcance semántico de la “ausencia justificada” alude, atendiendo al sentido jurídico profundo de los vocablos, al régimen de licencias previsto por el Capítulo II del Título V de la LCT, cuya regla es que son pagas (art. 159 LCT).

No resulta ocioso remarcar que, en rigor de verdad, lo que los trabajadores deven-garán será una prestación de la seguridad social que responde a una contingencia social: la necesidad de permanecer en sus hogares al cuidado de sus hijos en virtud de la suspensión de clases decretada por el PEN para hacer frente a la pandemia de coronavirus (art. 14 bis CN).

II. Orden público y libertad contractual. Examen de eficacia de las medidas de suspensión y despidos hasta el dictado del DNU 329/2020.

Partimos del siguiente interrogante: ¿tienen eficacia las suspensiones dispuestas por el empleador invocando la facultad prevista por el art. 221 LCT tras la sanción del DNU 297/2020? La respuesta es no.

Ahora bien, a efectos de justificar nuestra negativa a la pregunta formulada precedentemente, conviene recordar en primer lugar que no existe la tan celebrada autonomía de la voluntad, la cual resulta ser una construcción doctrinal sin respaldo alguno en el ordenamiento jurídico, que sólo se sostiene tanto por efecto de eufonía, como por su iteración acrítica sin atención a la sistemática del derecho constitucional y de los contratos. Ello es así, desde que la Constitución consagra la libertad contractual, la cual se desenvuelve en el marco establecido por arreglos institucionales de orden heterónimo. La libertad contractual se despliega en un ámbito constitucional reconocido y tutelado para el goce y disfrute de los derechos inherentes a su ejercicio, ámbito integrado por las directivas de los órdenes público de dirección y protección. Es decir, la mentada autonomía no es más que una iniciativa consagrada de modo heterónimo.

Desde este punto de vista, ciertos efectos de los contratos de trabajo -en particular, la puesta a disposición de la fuerza de trabajo por parte del trabajador a las órdenes de su empleador- se encuentran suspendidos *ipso jure* por imperio de los párrafos primero de los arts. 1 y 2 del Decreto 297/ 2020, el cual ha sido dictado como medida de orden público de dirección. En este sentido, el empleador no puede suspender lo que ya se encuentra suspendido, dicha inteligencia se impone aún en casos de suspensiones enviadas con anterioridad a la publicación del Decreto 297/2020 y notificadas con posterioridad a dicho momento, en virtud del carácter recepticio de las comunicaciones telegráficas.

Cabe resaltar que lo que se encuentran suspendidos son determinados efectos de los contratos de trabajo y no los contratos mismos, ya que la sistemática del Régimen de Contrato de Trabajo claramente distingue entre el contrato (art. 21 LCT) y la relación de trabajo (art. 22 LCT), siendo la primera la causa de la segunda, ya que ésta última se dirige a ejecutar el programa contractual fijado e informado por el acto jurídico bilateral. Una vez más, se impone la impecable redacción de Norberto Centeno, que echa por tierra cualquier polémica entre “contractualistas” y “relacionistas”.

Por último, como medida de orden público de protección laboral, el artículo 8º del decreto ya individualizado y el art. 1 de la Resolución 219/2020 dictada por el

Ministerio de Trabajo de la Nación, garantizan el goce íntegro de sus remuneraciones a los trabajadores, estableciendo una suma de dinero que encuentra su causa en la seguridad social desde que hasta llamada a responder frente a la contingencia de la pandemia. Dichas normas se integran de modo imperativo a cada uno de los contratos de trabajo celebrados entre particulares y a los de los distintos regímenes que integran sus contenidos contractuales en forma supletoria y/o imperativa con las normas emergentes de la LCT (Leyes 26.844, 22.250, 14.546, etc.).

Si el empleador dispusiera cesantías durante la vigencia del aislamiento social obligatorio, resultarían nulas por carecer de respaldo normativo, ya sea que se invoque el art. 247 LCT o la facultad prevista por el art. 51 del CCT 76/75 en el caso de las empresas de la construcción.

Ello es así, desde que la implementación de dichas medidas importa la elusión de los efectos del DNU a través de una norma de cobertura – sea el art. 247 LCT o el art. 51 CCT 76/75- que frustra las normas que integran el orden público de protección laboral -arts. 8 DNU 297/2020 y 1 Resolución 219/2020 MTEySS-.

Se advierte, entonces, la configuración de un claro fraude a la ley, ya que al obtener un fin distinto al consagrado por el Decreto, a través de una vía oblicua, se impone su anulación y la estricta vigencia de los arts. 1, 2 y 8 del DNU 297/2020 y del art. 1 de la Resolución 219/2020, efecto establecido por el art. 12 del Código Civil y Comercial de la Nación: “el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir”.

No resulta ocioso recordar que el fraude prescinde de cualquier tipo de voluntad de eludir. Se produce por la obtención de un resultado análogo al prohibido por una norma imperativa. Esta prescindencia de la voluntad de fraude es consecuencia del imperio mismo de la ley.

Tal como enseña el maestro Mosset Iturraspe: “El derecho es violado objetivamente o no lo es. La sola intención es insuficiente si no existe violación objetiva, de nada vale que las partes hayan creído actuar conforme a derecho”²

III. Suspensiones y despidos a partir de la entrada en vigencia del DNU 329/2020.

Tal como se desprende de las razones expuestas precedentemente, el orden público no está aparte de la legalidad de un sistema jurídico determinado, sino que es ese mismo orden contemplado como determinante de la juridicidad y de los efectos de los hechos y actos jurídicos y de la adecuación de los contenidos de los actos jurídicos. De hecho, si el orden público fuera algo exterior al sistema jurídico, no podría ser reconocido por éste pues la condición de reconocimiento de una proposición como jurídica es que ella resulte interna al propio sistema.

La prohibición decretada por el Poder Ejecutivo Nacional en los arts. 1 y 2 del

2 MOSSET ITURRASPE, Jorge, “El fraude a la ley”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Nro. 4: “Fraudes”, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni editores, 1993, pág. 29.

Decreto 329/2020 establece la antijuricidad de las facultades previstas por los arts. 221 y 247 LCT, es decir, que les resta su causa de justificación como medida de orden público de protección laboral y cuya consecuencia, en cuanto a su inobservancia, es la de restarle toda eficacia *ipso jure* y la restitución *in natura* del estado de cosas anterior a la implementación de las medidas dispuestas por el empleador. En cuanto al despido sin justa causa, se desplaza la obligación resarcitoria (art. 245 LCT), para establecer idéntico efecto al indicado anteriormente, por lo cual el trabajador no obtiene una compensación, sino “aquello mismo de lo cual fue desprovisto” (Fallos: 333:2306).

A diferencia de lo señalado en el apartado II, el empleador que no cumpla con las referidas normas no estará incurriendo en fraude a la ley mediante la utilización de una vía oblicua, sino que violará lisa y llanamente la ley, como en los casos de empleo no registrado.

En el caso particular de los despidos, cabe insistir en que no existe la “libertad para despedir”, puesto que tal temperamento llevaría a sostener, para no recaer en contradicción, que es posible invocar la libertad para atropellar al peatón, con la sola consecuencia de indemnizarlo en virtud de una obligación de causa resarcitoria³. Cabe recordar que sólo se exige causa de justificación de aquello que resulta antijurídico *ab initio* y es esta causa de justificación la que retira el Poder Ejecutivo en el caso del art. 247 LCT.

Respecto de la excepción prevista para el art. 223 bis LCT, entiendo que la misma no resulta del todo acertada en relación a los trabajadores que se encuentran dispensados de colocar a disposición del empleador su capacidad de trabajo por lo ya expuesto en el apartado anterior. No obstante, considero que la misma cobraría operatividad para aquellos trabajadores que se encuentran prestando servicios desde sus domicilios y que aún devengan remuneración (art. 103 LCT) y no la prestación prevista por el art. 8 del DNU 297/2020. Asimismo, aún si se pretendiera pactar prestaciones por suspensión en virtud de fuerza mayor para los trabajadores cuyos contratos de trabajo se encuentran alcanzados por los arts. 1 y 2 del Decreto 297/2020, el monto de la prestación no remunerativa no podría ser menor a la del art. 8, puesto que ésta última constituye un mínimo inderogable por imperio del orden público de protección (art. 12 LCT) que ya se encuentra integrada a los contenidos de sus contratos (art. 964 inc. a) del Código Civil y Comercial de la Nación), desde que lo que se sanciona no son “techos” a la negociación colectiva, sino mínimos imperativos determinantes de la validez de las cláusulas normativas pactadas en el ámbito de negociación colectiva establecido por cada Convención Colectiva de Trabajo. Dichos mínimos fijados por el art. 8, estimo, también podrán ser invocados por trabajadores “remotos” en el caso de pactarse suspensiones en el marco del art. 223 bis LCT.

3 Debo esta observación fundamental a Enrique Arias Gibert, expuesta por primera vez en oportunidad de dictar sentencia en la causa “Balaguer, Catalina c/Pepsico SRL”, cuando el mismo se desempeñaba como titular del Juzgado Nacional del Trabajo Nro. 46.

En momentos en que se revela la precariedad y fragilidad de la condición humana, conviene recordar que son las instituciones, como nudo de relaciones sedimentadas en el tiempo y el espacio, las que habilitan y sostienen nuestra sociabilidad, tal como sentenciará Maurice Merleau-Ponty al finalizar su monumental *Fenomenología de la percepción*, evocando las palabras de Antoine de Saint-Exupéry: “El hombre no es más que un nudo de relaciones. Solo las relaciones cuentan para el hombre”

TRABAJO A DISTANCIA, REMOTO O A DOMICILIO EN EL MARCO DE LA CRISIS SANITARIA

Por Aníbal CUADRADO.

Cita: RC D 1493/2020

El autor trata en el artículo la forma de organización del trabajo mediante la modalidad a distancia, como una herramienta paliativa frente a la crisis sanitaria del Covid-19, efectuando un análisis de su normativa y de los aspectos en los que repercutirá su implementación u omisión, ya en los contratos de trabajo actuales como también en el marco del futuro del trabajo.

I. Exordio:

Con motivo de la pandemia mundial provocada por el COVID-19 el Ministerio de Trabajo de la Nación dictó la Resolución 207/2020¹ por la que dispuso medidas tendientes a reducir la circulación de personas para prevenir riesgos de contagio y propagación, otorgando así licencias especiales a grupos de riesgos y recomendando a los empleadores la adopción de medidas necesarias para la implementación del trabajo a distancia con la finalidad que disminuyan al máximo y a lo indispensable la presencia de trabajadores en los establecimientos. Días después se emitió el DNU 297/2020 por el que se ordenó el aislamiento social, preventivo y obligatorio (ASPO) con restricción en la circulación de personas y la abstención obligatoria de presentarse a los lugares de trabajo, demarcando excepciones en aquellos servicios y actividades que se consideraron esenciales en la emergencia, las cuales fueron ampliadas mediante la Decisión Administrativa nro. 429/2020. A su vez, se reglamentó dicho DNU mediante la Resolución 219/2020² por la que se insiste en la implementación del trabajo a distancia, para aquellas tareas habituales o análogas que puedan realizarse en el lugar del aislamiento y el deber de las partes de acordar, en el marco de la buena fe contractual, las condiciones en que se prestará el mismo.

II. Modalidad de trabajo a distancia. Normativa:

Las Resoluciones 207 y 219 del 2020 MTESS, teniendo en cuenta su especial finalidad, refieren al trabajo a domicilio o teletrabajo, entendido este como el trabajo que una persona humana realiza total o parcialmente en su domicilio³, en favor y bajo la dependencia de otra, mediante la utilización de todo tipo de tecnología de la información y de las comunicaciones (TIC). En nuestro País, en tanto trabajo dirigido y subordinado se encuentra abarcado y protegido por el Régimen de Contrato

1 RESOL-2020-207-APN-MT, Ciudad de Buenos Aires, 16/03/2020

2 Publicada en B.O. del 20/03/2020.

3 O bien, en uno que escoja distinto del de su empleador.

de Trabajo, más no existe normativa que regule específicamente esta forma de organización del trabajo remoto o a distancia, encontrándose normas aisladas que no han llevado a una regulación eficaz en cuanto a facilitar su implementación. En tal sentido, se encuentra el Convenio 177 OIT⁴ sobre “trabajadores a domicilio”, la que otorga algunas definiciones y, -como mayor expresión- establece la igualdad de trato entre quienes prestan presencialmente su fuerza de trabajo en el establecimiento y los que no, tanto en materia remuneratoria, como sindical, seguridad y salud en el trabajo, etc. Asimismo, se encuentran las Resoluciones 1552/2012 y 21/2020 de la S.R.T. que establecen definiciones y algunas condiciones en que debe prestarse este trabajo y la res. nro. 595/2013 del MTESSN con un programa de promoción de este tipo de empleo.

III. La implementación en el marco de la resolución y del DNU:

Si bien el DNU 297/2020 y su reglamentación vino a profundizar las medidas dispuestas en la Resolución 207/2020, estableciendo la abstención de presentarse a puestos de trabajo, la recomendación de la modalidad a distancia subsiste e incluso es propiciada por su reglamentación, debiendo adoptarla tanto aquellos empleadores cuyas actividades y servicios fueron considerados esenciales por el DNU y su reglamentación⁵, como aquellos otros que no; por supuesto siempre que, en ambos casos, exista la posibilidad fáctica que el trabajador o la trabajadora pueda realizar sus tareas habituales o análogas desde el lugar en el que cumple el ASPO. A modo de ejemplo de la primera, piénsese en el personal de venta y promoción de la industria alimenticia, actividad declarada esencial, que pueden continuar su actividad a través de las TIC sin necesidad de asistir a los establecimientos. Más, como decíamos, quienes deban cumplir el ASPO también deben implementar, en la medida de lo técnicamente posible, esta modalidad de trabajo a distancia. Ello, en tanto -aunque huelgue decirlo- no se ha prohibido el trabajo, sino la asistencia a los establecimientos laborales no esenciales para la comunidad.

Ya en el marco de las resoluciones y la crisis sanitaria, el trabajo a distancia que refieren denota la característica de la existencia previa de contratos de trabajo con modalidad presencial, por lo que su implementación debe ser transitoria y con absoluto respeto a sus condiciones esenciales, principalmente en lo que a remuneración refiere, en garantía de los principios de irrenunciabilidad, buena fe y sobre todo solidaridad.

Si bien se trata de una recomendación, el mensaje de su necesaria adopción es claro y, en cuanto a responsabilidad legal y social refiere, habrá que distinguir entre aquellos empleadores que pueden adoptar esta modalidad de las que no pueden hacerlo por el tipo de actividad y, a su vez, de quienes han quedado comprendidos en la categoría de esenciales y los que no. Así, quienes pudiendo implementar el trabajo a distancia no lo hicieron y hayan sido declarados *actividades esenciales*,

4 Ratificado por nuestro País mediante la Ley 25.800 sancionada el 5/11/2003.

5 Ampliada por la Decisión Administrativa 429/2020.

aun cuando se basen en cuestiones productivas, les cabría la responsabilidad por omisión en violación de la norma emanada del art. 75, LCT y de las disposiciones contenidas en el art. 1710, Código Civil y Comercial, en tanto dispone la primera el deber de seguridad y la segunda la función preventiva. En tal sentido, el art. 75, LCT, exige al empleador la implementación de medidas que sean necesarias para resguardar la integridad psicofísica y la dignidad de los trabajadores, siendo *-en estas especiales circunstancias-* la adopción del trabajo a domicilio una de las más eficaces para tal resguardo. A su vez, el art. 1710, Código Civil y Comercial impone a toda persona el deber de prevención adoptando en cuanto “*de ella dependa*”, de “*buena fe*” y conforme a “*las circunstancias*”, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud. De allí que, empleadores que se encuentren en la posibilidad de adoptar la modalidad no presencial, dependerá de ellos la posibilidad de evitar el daño, actuando de buena fe y conforme estas especialísimas circunstancias de crisis pandémica, donde *-en tal inteligencia-* lo productivo debe supeditarse a la integridad y la dignidad de las personas. Incluso aun, en tal escenario, podría darse el caso de que la trabajadora o el trabajador con actividad esencial cuyo empleador pueda implementar la modalidad a distancia y omita hacerlo, articule el mecanismo protectorio previsto en el segundo párrafo del art. 75, LCT o del art. 1711, Código Civil y Comercial, invocando la peligrosidad de las tareas ante la exposición a la pandemia, *-máxime, si no se le entregan los elementos necesarios de prevención y protección alcohol en gel, guantes, barbijos, etc-*, rehusándose a prestar la misma en forma presencial, sin merma o pérdida de remuneración y previa constitución en mora de que se implemente el trabajo a distancia, poniéndose a disposición para el mismo.

Por otra parte, los empleadores con *actividad no esencial* en el marco de la emergencia, que puedan implementar el trabajo a distancia y no lo hicieren, podría entenderse su omisión como una violación al deber de ocupación (arg. art. 78, LCT) en tanto, existiendo los medios técnicos para hacerlo, no lo lleve a cabo. A su turno, el dependiente cuyas tareas habituales o análogas pueda realizar desde su domicilio y su empleador tenga voluntad de implementar la modalidad a distancia, deberá poner su fuerza de trabajo a disposición pactando con su empleador las condiciones en el marco de la buena fe contractual. Ello, sin perjuicio de su derecho a abstenerse para el caso que no se garanticen determinadas situaciones, tales como el respeto a su privacidad e intimidad, su jornada o remuneración, el reintegro o participación de gastos que deba desembolsar para el ejercicio de tareas (uso de internet, electricidad, etc) en el marco del art. 76, LCT y demás condiciones de exigencia razonables de higiene y seguridad, teniéndose presente lo transitorio y excepcional de la situación.

Por su parte, las asociaciones sindicales se encuentran habilitadas para exigir a aquellos empleadores que puedan implementar total o parcialmente la modalidad a distancia, ya sean de actividad esencial como no, la adopción de las medidas conducentes a tal fin de modo tal de garantizar la prevención y protección de sus representados en un caso y de garantizar la continuidad de las fuentes de trabajo por

el otro. En tal sentido, podrán activar los resortes necesarios que irán desde la negociación colectiva, la adopción de medidas de acción directa -tales como el denominado *paro sanitario*-, a la acción judicial preventiva establecida en el art. 1711, Código Civil y Comercial por ser legitimado activo en interés de la protección de sus representados (arg. art. 1712, Código Civil y Comercial).

IV. El desafío y oportunidad ante el futuro del trabajo:

No cabe duda de que, en tanto la trabajadora o el trabajador deba presentarse a prestar su fuerza de trabajo y subsista la crisis sanitaria de contagio y propagación, nos encontramos ante la necesidad de implementar esta modalidad de trabajo a distancia, que implicará un importante desafío en cuanto a cómo llevarla a cabo, respetando a su vez los derechos y obligaciones de las partes del contrato de trabajo. Es así como, hundidos en la crisis, estamos en la oportunidad de profundizar esta forma de organización del trabajo que implica un ejercicio responsable de la buena fe y solidaridad en las relaciones laborales, debiendo tanto trabajadores como empleadores extremar sus esfuerzos para lograr la permanencia y continuidad de las fuentes laborales.

En tal sentido, y en el marco del futuro del trabajo, resulta imperioso una regulación específica que complemente la Ley de Contrato de Trabajo y la promoción de la negociación colectiva, para abordar aspectos especiales de esta modalidad, tales como la jornada, la puesta a disposición y el derecho a la desconexión, la productividad, el uso de las facultades de control, organización y dirección del empleador con anclaje en el respeto de la intimidad, privacidad y la dignidad de la trabajadora y el trabajador, la igualdad entre trabajadores presenciales y a distancia, las condiciones de higiene y seguridad en que debe prestarse las tareas y los alcances de la responsabilidad del empleador en ello, la cobertura de riesgos del trabajo, la provisión de herramientas, el reintegro de gastos etc.

Un claro ejemplo de este impulso motivado en la crisis, lo ha dado la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, a través de su reciente Resolución 21/2020, en tanto dispone la obligación al empleador que implemente el trabajo a distancia, de denunciar nómina de trabajadores con dicha modalidad, la jornada y el domicilio del trabajador o lugar donde se prestará la tarea, considerando a dicho espacio como *ámbito laboral* a todos los efectos de cobertura de la Ley 24.557 ante resgos del trabajo.

La OIT en su comunicado de fecha 18/03/2020 “Covid-19 y el mundo del Trabajo: repercusiones y respuesta”⁶ además de advertir preliminarmente cómo impactará esta crisis sanitaria en el futuro del trabajo, alertando una importante desocupación “El Covid-19 podría cobrarse casi 25 millones de empleos en el mundo”, informa que una de las herramientas que se encuentran utilizando varios países del mundo es la implementación del trabajo a distancia: “El trabajo a distancia y

6 Puede consultarse en www.ilo.org

el establecimiento de turnos de trabajo constituyen medidas que han aplicado muchos países a escala nacional o en el lugar de trabajo. Italia y Japón han destinado recursos financieros para promover el trabajo a distancia mediante la aplicación de procedimientos simplificados”.

El trabajo a distancia resulta entonces una herramienta fundamental para afrontar esta y otras crisis sanitarias, conservando así las fuentes de trabajo y su continuidad, siendo un desafío que debemos afrontar el cómo llevar a cabo su implementación con criterios de buena fe y, especialmente, de solidaridad.

CORONAVIRUS: UNA MIRA DA SISTÉMICA EN EL MARCO DE LA RELACIÓN LABORAL Y EL DERECHO DEL TRABAJO

por Sebastián SERRANO ALOU¹

Cita: RC D 1522/2020

El DNU 297/2020, las normas complementarias del mismo, así como las normas relacionadas anteriores o posteriores (especialmente el DNU 329/2020), y todas las normas que surjan en función de la pandemia con disposiciones que hacen a las cuestiones atinentes a la relación laboral, deben evaluarse en su constitucionalidad y convencionalidad, ver si se amolden al Bloque de Constitucionalidad Federal (BCF) y del Derecho del Trabajo, a los principios fundamentales que de ahí se derivan, para determinar si resultan aplicables y cual es la interpretación que se les debe dar.

I. Introducción

A esta altura no es aventurado decir que el 2020 quedará marcado en la historia como el año del coronavirus (Covid-19), un virus devenido en pandemia que afectó en mayor o menor medida a todo el mundo y todas las facetas de la vida de las personas. En un tiempo se podrá evaluar cuanto afectó a cada país y cada faceta de la vida de los pueblos, entre otras cosas, lo que seguramente ira de la mano de que es lo que se privilegió en cada país, si la salud y la vida de las personas u otras cuestiones como la economía. Las relaciones de trabajo no escapan a esta realidad y, como abogado laboralista argentino, me interesa especialmente tratar de pensar a futuro lo que viene y cuál debe ser la respuesta en nuestro país a las distintas situaciones desde el Derecho del Trabajo a la luz del Bloque de Constitucionalidad Federal (BCF).

A los fines de ver cuáles son las prioridades ante esta situación, y como se ha decidido que el país la afronte, es importante ver la principal norma emitida en función de la pandemia, el decreto de necesidad y urgencia (DNU) 297/2020,

1 Abogado Laboralista. Egresado de la Universidad Nacional de Cuyo. Magíster en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales Internacionales, por la Universidad Nacional de Tres de Febrero. Aspirante a la Adscripción a la Cátedra Derecho Laboral y de la Seguridad Social de la Universidad Nacional de Rosario (Año 2018-2019 completos, trabajo final pendiente). Miembro de la Asociación de Abogados Laboralistas de Rosario desde el año 2009, encargado durante los años 2010 y 2011 de la sección jurisprudencia y comentarios de la revista de la Asociación: "La Causa Laboral". Integrante de la fundamentación de la "Carta Sociolaboral Latinoamericana", documento de la Asociación Latinoamericana de Abogados Laboralistas. Presidente de la Comisión de Seguimiento de la Reforma Laboral del Colegio de Abogados de Rosario (periodo 2016/2017). Presidente (año 2018) y Vicepresidente (año 2019) del Instituto de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social del Colegio de Abogados de Rosario. Conferencista y autor de artículos de doctrina en distintas publicaciones jurídicas (Abeledo Perrot, El Derecho, Errepar, La Ley, Microjuris, El Dial, Rubinzal, etc). Como suele advertirse en estos casos, las manifestaciones de esta nota son de exclusiva responsabilidad del autor y para nada comprometen a los colectivos en los que participa.

dictado “*ante una potencial crisis sanitaria y social sin precedentes*”. A partir del riesgo real referido, “*con el objetivo de proteger la salud pública como una obligación inalienable del Estado nacional, se establece para todas las personas que habitan en el país o se encuentren en él, la medida de ‘aislamiento social, preventivo y obligatorio’, por un plazo determinado, durante el cual todas las personas deberán permanecer en sus residencias habituales o en el lugar en que se encuentren y abstenerse de concurrir a sus lugares de trabajo*”. Por si alguna duda pudiera quedar, se aclara que “*el campo de acción de la policía de salubridad es muy amplio, siendo su atinencia a todo lo que pueda llegar a afectar la vida y la salud de las personas, en especial la lucha contra las enfermedades de todo tipo, a cuyo efecto se imponen mayormente deberes preventivos, para impedir la aparición y difusión de las enfermedades –por ejemplo ... aislamiento o cuarentena ...-*”.

También resulta esclarecedor ver la carta que publicó el presidente de la Nación al declarar el Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio (ASPO)². Inicia su carta indicando que se trata “[d]el problema de salud más grave que hemos tenido en toda nuestra vida democrática” y que la “*máxima responsabilidad es proteger a la sociedad argentina*”, evidenciando, como el DNU 297/2020, que estamos ante un problema de salud antes que económico y que se debe buscar proteger a las personas antes que la economía, sin que lo primero implique desconocer lo segundo, pero si estableciendo un orden de prioridades. La carta indica, respecto del ASPO adoptado por la pandemia, que se trata de una “*decisión [que] es fuertemente democrática. (...) Es la Democracia que busca reducir el daño en el pueblo y salvar la mayor cantidad de vidas posibles*”; y que lo que viene “*Será una lucha que nos exija esfuerzos, templanza, tolerancia, solidaridad y cooperación*”; palabras que encuentran eco en los principios del BCF y el Derecho del Trabajo. Con el transcurso de los días el objetivo queda cada vez más claro y el presidente lo comunica al mundo, como hizo al hablar con los integrantes del G20, indicando que ante “*el dilema de preservar la economía o la salud de nuestra gente*” prefirió priorizar “*la vida de los nuestros*”³.

Desde el punto de partida esbozado, es importante establecer cuál debería ser la prioridad para resolver las cuestiones a suscitarse dentro de las relaciones de trabajo, para lo cual la respuesta debe buscarse empezando por las normas y principios centrales, empezando por el BCF y la regla de contrato de trabajo (RCT)⁴. A partir

2 Puede consultarse en: <https://www.casarasada.gob.ar/slider-principal/46782-carta-del-presidente-alberto-fernandez-a-los-argentinos>

3 ROSEMBERG, Jaime, *Coronavirus: Alberto Fernández pidió al G-20 un “fondo de emergencia humanitaria”*, 26/03/2020, <https://www.lanacion.com.ar/politica/cononavirus-via-teleconferencia-fernandez-participa-reunion-del-nid2347527>; PAGINA/12, *Alberto Fernández llamó a los líderes del G20 a crear un fondo de emergencia ante el coronavirus*, 26/03/2020, <https://www.pagina12.com.ar/255460-alberto-fernandez-llamo-a-los-lideres-del-g-20-a-crear-un-fondo>

4 No utilizo las siglas comunes LCT, Ley de Contrato de Trabajo, por no ser el régimen actualmente vigente en materia de contrato de trabajo una ley. Siguiendo a Capón Filas, Morell, y a otros laboristas, uso las siglas RCT, en referencia a la Regla de Contrato de Trabajo, ya que lo que se

de esto, hay coincidencias con lo anterior, ya que en el derecho en general y el Derecho del Trabajo en particular resulta indiscutible que el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y, en tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza trascendente-, su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental. La elección del rumbo que deberá tener el derecho aplicable a las relaciones de trabajo, en su formulación y aplicación al caso concreto, es clara: lo principal es la protección de la persona humana y sus derechos⁵.

En sintonía con el desarrollo que se viene realizando, lo principal dentro de las relaciones laborales es la persona y, como no puede ser de otra forma, la persona del trabajador que resulta sujeto de preferente tutela constitucional⁶. La economía y el mercado pasan a un segundo plano. El hombre no debe ser objeto de mercado alguno, sino señor de todos éstos, los cuales sólo encuentran sentido y validez si tributan a la realización de los derechos de aquél y del bien común. De ahí que no debe ser el mercado el que someta a sus reglas y pretensiones las medidas del hombre, ni los contenidos y alcances de los derechos humanos, por el contrario, es el mercado el que debe adaptarse a los moldes fundamentales que representan la Constitución Nacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos de jerarquía constitucional, bajo pena de caer en la ilegalidad⁷.

Si lo primero es la persona y especialmente la que tiene el carácter de trabajador dependiente, el coronavirus debe ser considerado como una enfermedad que afecta a los trabajadores antes que como un problema para la economía y la empresa. Dentro de la relación laboral la respuesta en el Derecho del Trabajo debe buscarse en lo que dispone para el caso de enfermedades que afectan a los trabajadores y no para el caso de problemas económicos de las empresas. La respuesta para el grueso de los casos estará en lo relativo a las enfermedades inculpables, salvo el caso de los trabajadores que puedan contraer el virus con motivo o en ocasión de su

encuentra vigente desde la última dictadura militar –año 1976–, es la Regla 21.297. Los trabajadores tuvieron su Ley de Contrato de Trabajo, la N° 20.774. La dictadura, con su regla 21.297 derogó 29 artículos de la ley 20.744 y cerceno más de 100, en claro perjuicio de los trabajadores, y en beneficio de los capitales económicos. El ejercicio de la memoria es necesario dentro de la batalla cultural por construir sociedades con mayores niveles de justicia social, especialmente frente a actos violentos y arbitrarios de un poder antidemocrático.

5 CSJN, 14/09/04, “*Vizzoti, Carlos Alberto c/ AMSA SA*”; 21/09/04, “*Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales SA*”; 31/03/09, “*Torrillo Atilio Amadeo y otro c/ Gulf Oil Argentina S.A. y otro*”; 07/12/10, “*Álvarez Maximiliano y otros c/ Cencosud SA*”

6 CSJN, 14/09/04, “*Vizzoti, Carlos Alberto c/ AMSA SA*”; 21/09/04, “*Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales SA*”; 28/06/05, “*Ferreyra, Gregorio Porfidio c/ Mastellone Hnos SA*”; 18/12/07, “*Silva, Facundo Jesús c/ Unilever de Argentina S.A.*”; 12/08/08 “*Gentini, Jorge Mario y otros c/ Estado Nacional - Ministerio de Trabajo y Seguridad*”; 24/02/09, “*Aerolíneas Argentinas S.A. c/ Ministerio de Trabajo*”; 01/03/09, “*Torrillo Atilio Amadeo y otro c/ Gulf Oil Argentina S.A. y otro*”; 01/09/09, “*Pérez, Aníbal c/ Disco SA*”, 24/11/09, “*Trejo, Jorge Elías c/ Stema S.A. y otros*”; 09/12/09, “*Rossi Adriana María c/ Estado Nacional - Armada Argentina*”; 07/12/10, “*Álvarez Maximiliano y otros c/ Cencosud SA*”; 10/08/10, “*Ascuá, Luis Ricardo c/ SOMISA*”; entre otros

7 CSJN, 14/09/04, “*Vizzoti, Carlos Alberto c/ AMSA SA*”

trabajo, en cuyo caso resultará de aplicación la normativa sobre accidentes y enfermedades del trabajo⁸. Todo esto no implica que las empresas deban hacerse cargo de la situación de los trabajadores sin considerar la situación de excepcionalidad que se atraviesa, sino que la misma no debe recaer sobre los primeros debiendo los empleadores hacer frente al riesgo empresario, siendo una obligación del Estado prestar el socorro necesario para que lo anterior funcione⁹.

El DNU 297/2020, las normas complementarias del mismo, así como las normas relacionadas anteriores o posteriores, especialmente el 329/2020, y todas las normas que surjan en función de la pandemia con disposiciones que hacen a las cuestiones atinentes a la relación laboral, deben evaluarse en su constitucionalidad y convencionalidad, ver si se amolden al BCF y los principios fundamentales que derivan del mismo, para determinar si resultan aplicables o debe buscarse otras dentro del Derecho del Trabajo para resolver.

En tiempos normales los conflictos suscitados entre un trabajador que sufre una enfermedad y/o accidente inculpable y su empleador son múltiples e inabarcables en las particularidades que pueden adoptar en cada caso. Ante la situación de excepcionalidad que se atraviesa, lo que se discute frente a enfermedades en tiempos normales se verá atravesado por cuestiones atípicas y extraordinarias, por lo tanto, más que nunca es necesario para dar una respuesta realizar una lectura sistémica del derecho para encontrar una solución a los casos que se presenten. Las normas dictadas en función de la pandemia, que pueden presentar deficiente técnica legislativa en gran medida debido a la urgencia con la que se van adoptando, no pueden evadir que se acuda a la sistemática del derecho y sus principios generales, empezando por los del BCF, especialmente cuando el Código Civil y Comercial de la Nación ha establecido esa regla general en sus artículos 1 a 3.

II. Algunos ejemplos prácticos

A partir de la pandemia, como también de las medidas adoptadas por el gobierno, se han empezado a suscitar situaciones que reciben respuesta por medio de planteos disímiles, y son solo los primeros. Se intentará analizar algunas de las

8 *“Son indudables las implicaciones del Covid-19 en las relaciones laborales, por la alta probabilidad de un contagio. Por lo tanto debe considerarse un riesgo del trabajo que, cumplidos ciertos presupuestos, cae en el sistema de la LRT y dispara la responsabilidad de los empleadores y de las ART”* RAMIREZ, Luis, *Los riesgos del trabajo en tiempos del coronavirus*, Rubinzal Online, RC D 1434/2020

9 *En ese contexto, desde el primer artículo de la Resolución MTESS 219/2020, se palpa el “esfuerzo tripartito”. No se pone en juego la percepción del salario por el trabajador aislado, que no puede desempeñarse remotamente, pero sí sacrifica sus aportes y contribuciones al sistema previsional, base cálculo de remuneraciones y de eventuales indemnizaciones por despido. En tanto los empleadores se libran de los impuestos del trabajo si el subordinado no acuerda trabajar a distancia. El tercer vértice, el Estado Nacional, contribuye con la pérdida de recaudación en momento en que las arcas exhiben déficit. Así y todo, es un compromiso más cumplible y solidario.”* OCCHI, Nicolas Alejandro, *Los efectos de la “terapia” prescrita por el Derecho del Trabajo argentino contra el coronavirus COVID-19*, 25/03/2020, elDial.com - DC29BF

situaciones que se han dado y pensar casos que podrían darse en un futuro, a partir de lo cual esbozar cual debería ser la forma de dar una respuesta.

El primero de los planteos que se dio desde sectores identificados con el empresariado fue que no correspondía el pago de salarios a los trabajadores que decidirían hacer uso de la licencia para progenitores que estableció la Resolución 207/20 del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social (MTEySS) en su art. 3¹⁰. El artículo en cuestión indica que *“mientras dure la suspensión de clases en las escuelas (...), se considerará justificada la inasistencia del progenitor, progenitora, o persona adulta responsable a cargo, cuya presencia en el hogar resulte indispensable para el cuidado del niño, niña o adolescente”*. Para fundar estos planteos, quienes promueven el no pago se centran en que, a diferencia del art. 1 de la resolución, el art. 3 no indica que la suspensión del deber de asistencia es *“con goce íntegro de sus remuneraciones”*.

Si partimos del punto de considerar que respecto a las relaciones de trabajo lo que pasa con la pandemia de coronavirus es una enfermedad inculpable, antes que un problema económico, hay que recurrir para resolver esta cuestión y otras similares al art. 208 y siguientes de la RCT (cfr art. 11 RCT). En palabras de la normativa aplicable, para que opere la suspensión o interrupción del deber de prestación de tareas a cargo del trabajador sin pérdida de su salario, ante una enfermedad o accidente no relacionado con el trabajo, debe tratarse de un hecho *“inculpable”* que *“impida”* la prestación del servicio. Esto encuentra eco en el texto de la resolución, que habla de *“suspensión del deber de asistencia al lugar de trabajo”* en un contexto de *“emergencia pública en materia sanitaria”*; es decir, en paralelo con la RCT se aborda la *“Suspensión de Ciertos Efectos del Contrato de Trabajo”* en el marco de *“enfermedades inculpables”* de alcance global.

Es muy interesante ver la referencia de la RCT a una enfermedad inculpable que *“impida”* la prestación del servicio, lo que permite incluir aquellos supuestos en los que si bien no hay una incapacidad actual se desaconseja la prestación efectiva de tareas, bastando para justificar el derecho a cobro de salarios en ausencia del trabajador a sus tareas que la prestación efectiva sea contraproducente para el cuidado de su salud o la posibilidad de recuperación¹¹. Evidentemente y sin discusiones a esta altura, el coronavirus es una enfermedad inculpable que genera un impedimento de prestar tareas a los trabajadores previstos en el art. 3 de la Resolución 207/20, por ello se *“justifica”* la inasistencia, a lo que se suma que es acorde al objetivo de la normativa especial y el art. 208 RCT, pero también del BCF, proteger al trabajador y a su familia ante enfermedades inculpables, y para ello se le conserva su empleo y su derecho al salario cuando este impedido de ir a trabajar. Si la inasistencia esta

10 https://www.cadena3.com/noticia/resumen-3/para-abogado-la-licencia-para-padres-es-sin-goce-de-sueldo_255182

11 Cfr. LOPEZ, Justo; CENTENO, Norberto y FERNANDEZ MADRID, Juan Carlos, *Ley de Contrato de Trabajo comentada*, Contabilidad Moderna, Buenos Aires, 1987, 2da edición actualizada, tomo II, pág 944; ACKERMAN, Mario E. (Director) - TOSCA, Diego M. (Coordinador), *Tratado de derecho del trabajo*, Tomo VI, 1º edición, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2007, p. 285

“justificada” no corresponde privar al trabajador de salario por ausentarse de su trabajo en un contexto de enfermedad y de cuidado de su familia.

Si alguna duda pudiera existir acerca de que la cuestión debe orientarse acudiendo a las normas del capítulo I del título X, basta con leer el texto del art. 3 de la Resolución 207/2020. La norma en cuestión indica que *“La persona alcanzada por esta dispensa deberá notificar tal circunstancia a su empleador o empleadora, justificando la necesidad y detallando los datos indispensables para que pueda ejercerse el adecuado control”*; lo que claramente remite a los arts. 209 y 210 de la RCT.

A lo anterior se suma que el art. 8 del DNU 297/2020, una norma superior a una resolución, que dejó en claro que es un objetivo prioritario en este contexto mantener el derecho de los trabajadores al *“al goce íntegro de sus ingresos habituales”*¹².

El del pago que los empleadores deben realizar a los trabajadores que no prestan tareas es uno de los temas de debate central. El DNU 297/2020, en su art. 8, dispone 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.”* El art. 8° del DNU 297/2020 establece un principio general de “intangibilidad salarial” para todos aquellos que no presten servicios en el marco de la emergencia sanitaria¹³.

El *“goce íntegro de sus ingresos habituales”* apunta sin lugar a dudas a que el trabajador no vea disminuidos los ingresos que tiene cuando está en actividad. Al hablar de goce íntegro de los ingresos habituales y en la discusión sobre el “salario” a percibir por el trabajador durante la licencia por la pandemia, es fundamental tener en cuenta el principio de “mantenimiento de nivel salarial” plasmado en el art. 208 RCT. El salario debe ser el mismo que hubiera percibido de no producirse la suspensión, considerando los aumentos que durante el período de interrupción fueren acordados a los de su misma categoría por aplicación de una norma legal, convención colectiva de trabajo o decisión del empleador, las remuneraciones variables que viniera cobrando y hasta las prestaciones en especie. En caso de duda sobre si un rubro se debe incluir o no, o la forma de calcularlo, debe primar la interpretación a favor del trabajador y el bienestar de su familia, con criterio humano y no de negocios.

12 Lo dicho hasta aquí no quita que coincida con Nicolas Occhi en que el Estado Nacional, en forma proactiva, debería establecer políticas fiscales tendientes a mitigar la subvención que los empleadores realizan en estos y otros casos. OCCHI, Nicolas Alejandro, *Los efectos de la “terapia” prescripta por el Derecho del Trabajo argentino contra el coronavirus COVID-19*, 25/03/2020, elDial.com - DC29BF

13 ARESE, César, *Impactos laborales de la emergencia sanitaria y el aislamiento obligatorio del DNU 297*, Rubinzal Online: RC D 1436/2020; OCCHI, Nicolas Alejandro, *Los efectos de la “terapia” prescripta por el Derecho del Trabajo argentino contra el coronavirus COVID-19*, 25/03/2020, elDial.com - DC29BF

No está de más decir que la reglamentación del art. 8 del DNU 297/2020 que dicte el MTEySS no puede desvirtuar el objetivo del artículo que reglamenta.

Otra de las alternativas que evalúan algunos empresarios para descargar sobre los trabajadores el costo de la pandemia es transformar el periodo del ASPO en vacaciones. Para los casos en que se pretenda dar vacaciones a los trabajadores durante el ASPO, cabe pensar que sucede cuando se da vacaciones y el trabajador presenta una enfermedad. Como principio general si el trabajador durante sus vacaciones comunica una enfermedad inculpable que le impide disfrutar de su descanso el mismo se suspende hasta que recupera su salud¹⁴. Esto guarda relación con la finalidad que tienen las vacaciones, de que el trabajador pueda disfrutar un descanso reparador, lo que difícilmente podrá hacer de estar cursando una enfermedad incapacitante. La OIT en consonancia con esto indica que los empleadores no deberían exigir unilateralmente a los trabajadores que utilicen sus vacaciones anuales durante medidas como el ASPO, esto con base en el Convenio 132 (sobre las vacaciones pagadas) que dispone que el empleador debe establecer las fechas previa consulta con el trabajador, pero también teniendo en cuenta, además de las exigencias del trabajo, las oportunidades de descanso y distracción del trabajador¹⁵. Por lo tanto, en los casos en que se habían asignado las vacaciones con anterioridad a que se pudiera pensar en el ASPO, y mucho más cuando se las quiere otorgar durante el mismo, debe considerarse que la situación generalizada las suspende o hace imposible considerar que el trabajador estuvo de vacaciones mientras dure la situación iniciada con el DNU 297/2020.

Una de las alternativas que quieren utilizar desde el mundo de los negocios para evadir el pago a los trabajadores o poder disminuirlos es echar mano a las normas que permiten hacerlo por causas económicas. Como se dijo repetidas veces, estamos ante una situación donde se debe privilegiar lo humano por sobre lo económico, la situación de enfermedad por sobre los negocios. Esto fue advertido por el gobierno y dispuso en el DNU 329/2020, art. 3ro, que prohibió las suspensiones por las causales de fuerza mayor o falta o disminución de trabajo por el plazo de 60 días, a partir del 31/03/2020, habilitando solo las suspensiones por dichos motivos cuando se pacten con el trabajador o conjunto de trabajadores, incluyendo el pago de una prestación no remunerativa en compensación. Se privilegia, en primer término, la protección del trabajador y su salario y, en segundo, término el dialogo social; debiendo estar atentos a no convalidar supuestos acuerdos que hayan sido obtenidos mediante presiones de parte de los empleadores a los trabajadores.

14 “La finalidad de las vacaciones es distinta de la que motiva la protección legal de la enfermedad: la ley busca que el trabajador, sano y en condiciones de trabajar, disponga libremente de algunos días por año para descansar física y mentalmente, para disfrutar plenamente de la vida familiar y para su esparcimiento en general. Por tal razón, debe admitirse la postergación de dicho cumplimiento, sin privar por ello al trabajador de su derecho” (CNAT, sala III, 12/08/1999, “Sotelo, Juan c. Limpiolux”, AR/JUR/5426/1999)

15 OIT, *Las normas de la OIT y el COVID-19 (coronavirus)*, 27/03/2020, https://www.ilo.org/global/standards/WCMS_739939/lang--es/index.htm

En sintonía con esto, el art. 208 de la RCT indica que: *“La suspensión por causas económicas (...) dispuestas por el empleador no afectará el derecho del trabajador a percibir la remuneración por los plazos previstos, sea que aquélla se dispusiera estando el trabajador enfermo o accidentado, o que estas circunstancias fuesen sobrevinientes.”*. Se trata de una decisión fundamental, adoptada por el legislador para la generalidad de los casos y hace varias décadas, el hecho de que se privilegie la protección al trabajador ante situaciones de enfermedad aún cuando existan problemas de tipo económico que pueden afectar a la empresa.

Es evidente que el trabajador impedido de prestar tareas por cuestiones relativas a enfermedades no puede quedar desprotegido, ya que no tiene muchas opciones para obtener su sustento, no puede decidir ante la situación de crisis económica de la empresa buscar otro empleo que remplace o complemente el ingreso menguado o dejado de percibir¹⁶.

Al menos en un primer momento, todo parece indicar que es la intención del gobierno que los empleadores sigan pagando sus ingresos habituales a los trabajadores, para lo que colabora en forma directa e indirecta, lo primero considerando el pago a quienes no trabajan como no remuneratorio y librando al empleador de los pagos para el sistema de seguridad social (art. 1 Res. 219/2020 MTEySS), o creando el “Fondo de Garantías Argentino” (FoGAR) mediante el decreto 326/2020, lo segundo promoviendo desde el banco Central de la República Argentina créditos de Bancos a tasas preferenciales para afrontar los pagos¹⁷.

Otra de las cuestiones presentes es el cuidado de la seguridad de los trabajadores no exceptuados de prestar tareas en función del DNU 297/2020 y la Decisión Administrativa 429/2020. El art. 6 del DNU 297/2020 establece 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”*.

En estos casos es plenamente aplicable el deber que impone el art. 75 de la RCT, que está más vigente que nunca durante la pandemia, en la cual deben considerarse las cuestiones que indican las distintas disposiciones legales y reglamentarias pertinentes sobre higiene y seguridad en el trabajo, pero también lo que las autoridades en materia de salud vienen indicando para el caso de esta pandemia. No puede perderse de vista que quienes siguen trabajando son casos “excepcionales” que están “exceptuados” de la regla general de protección adoptada por el Estado para el grueso de la población, y por ello se traslada al empleador el deber de protección mientras los trabajadores están en su establecimiento, debiendo ser una de las cues-

16 En sentido similar se ha indicado que *“la teoría general del derecho, inmanente a toda disciplina jurídica, nos permita descartar que durante la emergencia el empleador pueda proceder a suspensiones por fuerza mayor: ‘la norma especial deroga [suspende] la norma general’”*. OC-CHI, Nicolas Alejandro, *Los efectos de la “terapia” prescrita por el Derecho del Trabajo argentino contra el coronavirus COVID-19*, 25/03/2020, elDial.com - DC29BF

17 <http://www.bcra.gov.ar/Noticias/Coronavirus-BCRA-creditos-mipymes.asp>

tiones principales a considerar evitar arriesgar a los trabajadores, pero también a sus familias, con las que se reencuentran luego de la jornada de trabajo.

Los empleadores deben tener en cuenta cuestiones como evitar el ingreso a los establecimientos de trabajo de más gente de la que resulta recomendable, de controlar el estado de quienes ingresan al establecimiento, de posibilitar el distanciamiento mínimo recomendado entre las personas, de desinfectar y limpiar con la periodicidad recomendada el lugar de trabajo, de entregar los elementos mínimos de prevención como puede ser un barbijo y un envase alcohol en gel. En caso de que no se cumpla con el deber de seguridad para tutelar la integridad psicofísica y la dignidad de los trabajadores, estos pueden intimar a su empleador para que lo haga, constituyéndolo en mora y, de mantener los incumplimientos, retener tareas hasta que cambie la situación.

Pero si había un tema central a considerar en la situación actual era la de los despidos de trabajadores. Ante esta situación podían pensarse múltiples respuestas desde un principio, a lo que se suma ahora la decisión adoptada por el gobierno en el DNU 329/2020, que se convierte en la norma central frente a los despidos durante la pandemia. El DNU 329/2020, en su artículo 2, prohíbe los despidos sin justa causa y por las causales de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor por el plazo de 60 días a partir del 31/03/2020 y, en su artículo 4, dispone la nulidad de los despidos y suspensiones que se decidieran en violación a lo que dispone el decreto. Se trata de una norma que protege en forma efectiva y real el derecho al trabajo y su derivado, la estabilidad del trabajador, todo lo cual se encuentra incorporado a nuestro sistema normativo a partir del BCF, con base en los TIDH y la CN, como fuera debidamente analizado en distintos fallos de la CSJN en el periodo 2004-2014¹⁸.

Los trabajadores despedidos sin justa causa pueden peticionar su reincorporación y, si bien no está expresamente previsto en el DNU 329/2020, también pueden reclamar los salarios que se devenguen hasta que ello suceda. También es una opción de los trabajadores despedidos decidir mantener la relación laboral o considerarse injuriados y despedidos ante la conducta arbitraria de su empleador, que pretende excluirlos del establecimiento durante una pandemia¹⁹; será la decisión del trabajador en estos casos la que pondrá fin a la relación laboral, ante lo que siente como una injuria en su contra, no la del empleador que es nula y no puede ser convalidada.

18 Esto ha sido desarrollado en profundidad en: SERRANO ALOU, Sebastián, *La Estabilidad del Trabajador Argentino y su importancia para la Democracia*, tesis de la Maestría en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales Internacionales de la Universidad Nacional de Tres de Febrero, aprobada en abril de 2013. Pongo a disposición la tesis a todos aquellos a quienes les interese su lectura, y pueden pedirla por mail a serranoalou@yahoo.com.ar. Asimismo, pueden encontrarse desarrollos más breves en: SERRANO ALOU, Sebastián, *La estabilidad real, su vigencia normativa y su importancia actual*, 20 de Octubre de 2009, Microjuris, MJ-DOC-4420-AR / MJD4420; *La CSJN y el fallo Álvarez: un paso fundamental en la defensa de la dignidad de los trabajadores frente al capitalismo y por la democratización de las relaciones de trabajo*, La Ley, Derecho del Trabajo On Line, Año 5, Miércoles 15 de Diciembre de 2010.

19 MACHADO, José Daniel, *Apuntes para un borrador sobre las primeras impresiones acerca del DNU 329/2020*, Rubinzal Online: RC D 1506/2020

Si el empleador pretende despedir al trabajador y es su intención conservar el empleo se debe ordenar la reincorporación, porque es un acto nulo, pero si la conducta del empleador le resulta una injuria que le hace imposible mantener la relación, el trabajador puede reclamar las indemnizaciones previstas para el caso del despido sin justa causa, pero también cualquier otra prestación prevista por la legislación nacional. Es la elección del trabajador, en cabeza de quien se encuentra la posibilidad de elegir la forma más adecuada de reparación, la que define que sucederá, como bien surge del art. 7 inc. d del Protocolo de San Salvador. La norma no hace más que reglamentar algo que en mi criterio ya estaba vigente, cabiendo pregunta como se volverá a suspender su vigencia a futuro, siendo ello claramente regresivo²⁰.

Para el caso en que el trabajador considere una injuria que hace imposible continuar la relación laboral, siendo entendible que alguien no quiera permanecer en donde no es bien recibido, lo que implica exponerse a la violencia de quien arbitrariamente lo quiere excluir de la comunidad de trabajo y privarlo de sus DDHH laborales; existen otras cuestiones que pueden plantearse.

En primer lugar, si el despido se da durante el ASPO se puede pensar en el derecho de los trabajadores a reclamar los salarios hasta tanto el mismo termine, ello con base en el art. 213 de la RCT, que conserva intacto el texto del que fuera el art. 230 de la RCT, y establece que en caso de despido del trabajador durante la licencia paga por enfermedad o accidente inculpable deberá abonar el empleador, además de las indemnizaciones por despido injustificado, los salarios correspondientes a todo el tiempo que faltare para el vencimiento de aquella o a la fecha del alta, según demostración que hiciese el trabajador, que en este caso no será difícil porque la duración del impedimento de trabajar por la enfermedad será de público conocimiento.

El art. 213 RCT es un gran acierto, ya que funciona a modo disuasorio para a aquellos empleadores que para no afrontar el pago a un trabajador que no está prestando servicio piensan en despedirlo; por lo tanto, su aplicación en estos casos

20 Desde hace tiempo, más de 10 años, vengo señalando la importancia de esta norma en cuestión y la interpretación que debía darse a la luz de los principios del BCF; lo que algunos criticaban, indicando que era “gramaticalmente posible” aunque resultaba “políticamente extravagante”. Al respecto, puede verse el desarrollo en: SERRANO ALOU, Sebastián, *La estabilidad real, su vigencia normativa y su importancia actual*, Microjuris, 20 de Octubre de 2009, MJ-DOC-4420-AR / MJD4420; *La esencia de la discriminación negativa y sus consecuencias sobre el derecho al trabajo y la estabilidad del trabajador*, La Ley, Derecho del Trabajo On Line, Año 4, N° 876, Miércoles 23 de Diciembre de 2009; *La estabilidad como único medio de proteger al trabajador de la intolerancia, el autoritarismo y la exclusión*, La Ley Litoral, 29/01/2010, 1211; *La estabilidad en el empleo es un derecho humano fundamental*, en RAMIREZ, Luis Enrique (Coordinador), “Relaciones Laborales. Una visión Unificadora”, Editorial IBdeF, Montevideo – Buenos Aires, año 2010 (Libro de Ponencias de las XXXVIas Jornadas de Derecho Laboral de la AAL), páginas 343 a 359; *La CSJN y el fallo Álvarez: un paso fundamental en la defensa de la dignidad de los trabajadores frente al capitalismo y por la democratización de las relaciones de trabajo*, La Ley, Derecho del Trabajo On Line, Año 5, Miércoles 15 de Diciembre de 2010

se justifica por la violación por parte de los empleadores de los distritos principios referidos anteriormente, y para evitar que el trabajador despedido deba cargar con la casi segura imposibilidad de conseguir un nuevo trabajo durante el plazo del ASPO.

También puede pensarse en el despido de aquellos que, trabajando en actividades exceptuadas del ASPO, informaron estar comprendidos en un grupo de riesgo de los referidos en el art. 1 de la Resolución 207/2020, lo que les impide prestar tareas, y como consecuencia sufren alguna represalia, como puede ser el despido, sea que la medida se adopte durante el ASPO o a poco de finalizado.

Desde el momento en que se manifiesta el impedimento del trabajador de prestar tareas por una enfermedad inculpable se expone a ser discriminado por parte de su empleador; por ello, resulta relevante en lo que hace a los derechos humanos y la salud del trabajador el tema de la discriminación y/o estigmatización cuando presenta algún problema de salud. Evitar todo tipo de discriminación, permitiendo al enfermo y/o incapacitado acceder a un empleo o conservarlo cuando ya lo tiene, evitando que reciba un trato arbitrario motivado en sus problemas de salud, resulta fundamental para el tratamiento de la enfermedad y para el cambio positivo de conciencia social que viabilice medidas más efectivas de prevención y tratamiento de las enfermedades, logrando que la salud se erija en los hechos como un “bien público” protegido. Lo que está en juego en casos de discriminación es la dignidad de la persona humana, siendo especialmente grave cuando la discriminación es dirigida contra personas en una situación de vulnerabilidad mayor, como los enfermos y/o incapacitados.

Todas las situaciones que se suceden en la relación de trabajo mientras el trabajador está impedido de prestar tareas por enfermedad deben ser apreciadas con sumo cuidado, teniendo en cuenta que ante indicios de arbitrariedad fundadas en una actitud de discriminación motivada en la situación del trabajador, debe ordenarse una adecuada reparación. En estos casos, y ante la denuncia de discriminación por el trabajador, la prueba de que no hubo discriminación debe ser apreciada con suma estrictez, de acuerdo a los criterios que expusiera la CSJN en “Pellicori”²¹, siendo cuestiones que deben tener especial atención los despidos durante la licencia o contemporáneos a su finalización, así como los cambios dispuestos por el empleador en relación al trabajador enfermo o las diferencias que se imprima en la relación con este trabajador, máxime si no se extienden al resto de los trabajadores y marcan una clara diferenciación y/o estigmatización. Por lo tanto, operado un cambio en la relación de trabajo que es denunciado como discriminatorio por el trabajador enfermo o imposibilitado de prestar tareas, corresponde al empleador acreditar las razones objetivas y lícitas de su accionar, caso contrario, será pasible de las sanciones previstas por la ley.

Cuando el empleador no entiende la trascendencia negativa que tiene la exclusión de personas vulnerables, y actúa discriminando al trabajador, debe ser conde-

21 CSJN, 15/11/11, “Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal”

nado al pago de las reparaciones del daño moral y material causado, siendo un buen parámetro para ello el art. 182 de la RCT.

A lo anterior se suma la vigencia del DNU 34/2019, que es plenamente aplicable en caso de despidos decididos durante la pandemia²².

En tiempos excepcionales se debe actuar con excepcionalidad, por lo tanto, las partes de la relación laboral y especialmente los empleadores deben redoblar esfuerzos, templanza, tolerancia, solidaridad y cooperación, teniendo presente el objetivo principal de cuidado de la persona por sobre los negocios, y la existencia dentro de las empresas de sujetos de preferente tutela constitucional.

22 ARESE, César, *Impactos laborales de la emergencia sanitaria y el aislamiento obligatorio del DNU 297*, Rubinzal Online: RC D 1436/2020; MACHADO, José Daniel, *Apuntes para un borrador sobre las primeras impresiones acerca del DNU 329/2020*, Rubinzal Online: RC D 1506/2020

E L CORONAVIRUS Y LAS TAREAS DE CUIDADO

por María Fabiana SOSA

Cita: RC D 1495/2020

Quizás esta pandemia ponga sobre la mesa la desigualdad en los cuidados. Venimos hablando de la necesidad de repensar las relaciones laborales y revisar la distribución del cuidado que se apoya sobre el trabajo gratuito de las mujeres. Pareciera ser que un enfoque de género es necesario a la hora de legislar, con el fin de no reproducir las desigualdades de género.

I. Las primeras medidas de emergencia sanitaria y las relaciones laborales

El día 12 de Marzo del 2020 se firmó el Decreto de Necesidad y Urgencia 260/2020 que amplía la Emergencia Sanitaria dispuesta por Ley 27.541 y dispone la adopción de nuevas medidas para contener la propagación del coronavirus COVID-19, en virtud de la Pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud.

Entre las principales acciones se dispone el aislamiento social, preventivo y obligatorio por 14 días para las personas que revistan la condición de “casos sospechosos”.

El día 15 de Marzo cuando trascendieron en los medios de comunicación las principales medidas de emergencia destinadas a prevenir la propagación del virus, las redes sociales comenzaron a poner en evidencia distintas manifestaciones, y allí muchas mujeres empezaron a hablar del trabajo de cuidado de niños, niñas, dependientes y adultos mayores.

Esa noche escribía “que la cuarentena no sea un privilegio de clase”, y eso que todavía no era total ni obligatoria, y recién estábamos en la primera etapa, cuando en principio dependía de la responsabilidad social de cada persona, y en algunos casos de cada empleador.

Así fue que algunas mujeres preguntaban qué hacer a la mañana siguiente con la suspensión de clases en las escuelas establecida por Resolución 108/2020 del Ministerio de Educación.

La inclusión de un enfoque de género se hace indispensable cuando se discuten derechos, ya que éstos tienen un efecto sobre la mujer de manera diferenciada.

En términos generales, todas las personas estamos de acuerdo en que varones y mujeres deben ser sujetos iguales ante la ley, sin embargo, es importante hacer un análisis de las condiciones estructurales que hacen más propensa a la mujer en la vulneración de sus derechos, ya que examinando las estadísticas que decidamos analizar podemos afirmar que, en los hechos, no se evidencia la igualdad de oportunidades que estamos queriendo.

Si tenemos en cuenta que las mujeres son las principales cuidadoras, y que estas continúan llevando el peso y la responsabilidad del trabajo (37% de los hogares argentinos se encuentran a cargo de una única jefa de hogar), del sostén del hogar y de las tareas no remuneradas del cuidado, pareciera ser que un enfoque de género es necesario a la hora de legislar sobre las relaciones laborales.

La mujer, en el ámbito laboral y social, debe gozar de igualdad de condiciones respecto de cualquier persona que trabaja para lo cual necesita de la implementación de normas que tiendan a lograr un todo armónico compensando las diferencias existentes en el ámbito de la responsabilidad familiar, analizando la organización social del cuidado.

En momentos de crisis como estos, se ponen en juego muchas cosas, pero una de las que más me llamó la atención, fue que a pesar de que las medidas involucran a todas las personas que trabajan, las que hablaban y pensaban que hacer con los niños y niñas sin concurrir a la escuela eran mayormente las mujeres.

Y eso que no se regulaba, ni se revisa la cuestión del cuidado de otras personas que necesitan de alguien que las cuide, como son las personas enfermas, las dependientes, y los adultos mayores de los hogares.

Asimismo, muchas de estas mujeres recurren a la necesidad de asistencia en materia de cuidados por parte de otras mujeres de la familia, madres, abuelas, suegras, tías, inclusive vecinas, todas ellas efectuando un trabajo gratuito, sin reconocimiento económico por parte de la sociedad, y algunas de ellas, entran dentro de las personas enumeradas por el art. 1 de la Res. 207 MTEySS.

Estas personas están exceptuadas del deber de asistencia al lugar de trabajo por el plazo de catorce días, con goce íntegro de remuneraciones, ya que se entiende que son grupos de riesgo, salvo que se trate de personal esencial para el adecuado funcionamiento del establecimiento, y específicamente, se menciona a las personas que trabajan en el sector de la salud.

Aquellas mujeres que deben, quieren o deciden, salir a trabajar fuera de sus hogares, y están insertas económicamente en el trabajo productivo, o remunerado, que es al que la sociedad y el mercado nombran y adjudican el valor de trabajo, probablemente pudieron resolver el problema del cuidado recurriendo a una empleada doméstica, teniendo en cuenta que casi el 97 % de las trabajadoras de casas particulares son mujeres, que quizás también pueda estar incluida en alguno de los grupos de riesgo, y que claramente es imposible recurrir al trabajo remoto.

El servicio doméstico remunerado representa el 16,5 % de las mujeres ocupadas, y el 21,5% de las asalariadas. Además, el 96,5% son mujeres (frente a solo un 3,5% de hombres), según surge de estadísticas recopiladas por la Dirección Nacional de Economía, Igualdad y Género.

El art. 3 de la misma resolución dispone que mientras dure la suspensión de clases en las escuelas se considerará justificada la inasistencia de la persona proge-

tora, o adulta responsable a cargo, cuya presencia en el hogar resulte indispensable para el cuidado del niño, niña o adolescente, debiendo notificar tal circunstancia al empleador, justificando la necesidad y detallando los datos indispensables para que pueda ejercerse el adecuado control, pudiendo acogerse a esta dispensa solo un progenitor o persona responsable, por hogar.

En materia de licencias laborales por el coronavirus la Res. 202/2020 MTEySS, ha sido clara al establecer que son con percepción íntegra de sus remuneraciones para las personas que están en situación de “asilamiento obligatorio” cualquiera sea la forma de instrumentar la prestación laboral, para mayores de sesenta años de edad que trabajan (a excepción del sector de salud), las trabajadoras embarazadas y las personas trabajadoras incluidas en los grupos de riesgo que defina la autoridad sanitaria nacional, aquellas personas cuyas tareas habituales o análogas puedan ser realizadas desde el lugar de asilamiento.

Sin embargo, no ha sido expresa la manifestación respecto de la licencia especial para cualquier persona trabajadora que debe permanecer en su hogar para el cuidado y la atención de hijos o hijas en edad escolar, que surge del art. 3 de la Res. 207/2020 MTEySS.

No debe pasarse por alto el artículo 4 que recomienda al sector empleador que disponga las medidas necesarias para disminuir la presencia de personas que trabajan en el establecimiento a aquéllas indispensables para el adecuado funcionamiento, adoptando las medidas necesarias para la implementación del trabajo a distancia.

Todas estas medidas deben interpretarse en el marco normativo de la Ley de Contrato de Trabajo, así como los principios rectores en la materia, y por ello es que me pregunto qué sentido tiene disponer que una ausencia laboral está justificada si no es para pagar la contraprestación laboral, que es el salario.

Justamente, cuando no se puede justificar el motivo de la ausencia al lugar de trabajo, ese día se descuenta, y se registra sin pago de remuneración.

La L.C.T. es clara cuando dice que se entiende por remuneración la contraprestación que debe percibir la parte trabajadora como consecuencia del contrato de trabajo, y que la parte empleadora debe la misma, aunque no preste servicios, por la mera circunstancia de haber puesto su fuerza de trabajo a disposición.

Qué finalidad tiene en la Ley de Contrato, el capítulo de las licencias especiales, sino es el de establecer claramente que éstas son con pago íntegro de la contraprestación, así como establecer las condiciones, o requisitos para su goce.

Asimismo, cuando se habla de enfermedades inculpables y accidentes de trabajo que impiden la prestación de tareas, se determina expresamente que no afectará el derecho de la persona trabajadora a percibir su remuneración, y se establece la misma obligación que se dispone en el art. 3 de la Res. 207 MTEySS, el deber de notificar a su empleadora, justificando la necesidad y detallando los datos indispen-

sables para que pueda ejercerse el adecuado control, ya que si no lo hiciera perdería el derecho a percibir la remuneración correspondiente.

II. El aislamiento social y las relaciones laborales

En la segunda etapa de las medidas dispuestas por el gobierno, se dicta el 19-02-2020 el DNU 297/2020 que dispone el “aislamiento social preventivo y obligatorio”, a fin de proteger la salud pública, como una obligación inalienable del Estado Nacional, para todas las personas que habitan en el país, desde el 20 hasta el 31 de Marzo, luego prorrogado por DNU 325/2020, del 01-04-2020 hasta el 12 de Abril inclusive, quedando exceptuadas del cumplimiento y de la prohibición de circular, las personas afectadas a las actividades y servicios declarados esenciales en la emergencia.

Aquí nuevamente, surgió la pregunta de algunas mujeres consultando qué pasaría con menores de madres y padres separados en la cuarentena total y obligatoria, con quién se quedarían a cumplir la misma, con todo lo que esto implica.

Porque aquí veremos que, en la mayoría de los casos, están con las madres, o viven con ellas con un régimen de visitas, o tienen implementada una corresponsabilidad compartida, y tendrían que movilizarse a fin de repartir responsablemente las tareas de cuidado.

En este caso, así como las personas que deban asistir a algún familiar, pariente, o persona con discapacidad, dependencia, o adulto mayor, podrían entrar dentro de las excepciones al impedimento de movilidad que prescribe el art. 6, ítem 5 del DNU 297/2020, cruzando los dedos para que la persona, agente, policía, o quien sea que en la vía pública le pida explicaciones tenga enfoque de derechos, o en el mejor de los casos perspectiva de género.

El art. 8 viene a aclarar que las personas que trabajan en el sector privado tendrán derecho al goce íntegro de sus ingresos habituales, en los términos que establecerá la reglamentación, que el 20-03-2020 dictó la Res. 219/2020 MTEySS, luego derogada por Res. 279/2020 del 01-04-2020, la cual durará mientras dure la emergencia sanitaria impuesta con el fin de proteger la salud pública.

Entonces se dispuso que quienes estuvieran alcanzados por el “aislamiento social preventivo y obligatorio” quedaban dispensados del deber de asistencia al lugar de trabajo y que cuando sus tareas u otras análogas pudieran 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 (art. 1).

Conforme el art. 3 considera incluidos dentro del concepto de trabajadores y trabajadoras a quienes presten servicios de forma continua bajo figuras no dependientes, como locaciones de servicios, aquéllas que se desarrollen en forma análoga dentro del sector privado, las becas y pasantías, así como residencias médicas, y casos de pluriempleo o múltiples receptores de servicios.

En este sentido el dictado del último decreto y la norma reglamentaria pertinente, fue más claro al determinar que todas las personas que trabajan en el sector privado tendrán derecho al goce íntegro de sus ingresos habituales, especificando la imposibilidad de afectar el salario.

Todo esto en el marco del principio de buena fe que debe primar en las relaciones laborales, con criterio de solidaridad comunitaria, entendiendo que nos encontramos en un contexto de emergencia sanitaria, y crisis mundial, que nos exige reforzar más los vínculos y la protección social de todas las personas.

Oportunamente, el Ministerio de Desarrollo de la Nación, a través de la Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia, junto al Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad, considerando que entre las excepciones al aislamiento social se encuentran personas que deben asistir a otras con discapacidad, familiares que necesitan asistencia, a personas mayores, a niños, niñas y adolescentes, se dictó la Res.132/2020 que establece que el progenitor, referente afectivo o familiar que tenga a su cargo realizar el traslado deberá tener en su poder una declaración jurada a fin de ser presentada a la autoridad competente, a los fines de corroborar la causa del traslado.

III. Las relaciones laborales y las tareas de cuidado

Si bien el derecho del trabajo es uno de los que más ha ido cambiando en los últimos años, atravesado por nuevas modalidades de trabajo, otras formas de vincularse entre las personas, por la influencia de los medios digitales, la proliferación de diferentes maneras de comunicarse, así como de nuevas conformaciones familiares, no debemos perder de vista el sentido protectorio que tiene, desde sus inicios.

El sistema económico no debe tener límites culturales ni sociales y menos sexuales, por lo que el Estado debe implementar medidas tendientes a eliminar la desigualdad –existente e impuesta- entre las mujeres y los hombres; es decir, la mayor conquista de la mujer en el mundo laboral debe estar acompañada por políticas públicas que tiendan a una inclusión de ambos géneros en el cuidado parental estableciendo responsabilidades equitativas y distributivas.

El trabajo como factor de producción o como empleo no debe excluir a las actividades domésticas ni encontrar reparos en distinciones de índole labor pública o productiva vs. labor privada o no económica, sino que el empleo remunerado y el empleo realizado dentro del hogar deben estar equiparados. Para ello es necesario que la economía del cuidado y el trabajo doméstico sean entendidos de manera universal, inclusiva, sin sesgos patriarcales y sin diferenciaciones de tipo remuneratorio.

Las economistas feministas llevan tiempo advirtiéndolo que el sistema de organización social del cuidado es un sin sentido, y debe cambiar. Que es necesario humanizar las relaciones laborales, que hay que repensar el presentismo en las empresas, así como las licencias existentes, con un cambio de cultura empresarial que prime la conciliación y los cuidados.

Que no puede ser que la llamada conciliación quede relegada al interior de las familias, o al acuerdo personal que pueda efectuarse, porque estamos dando la espalda a tomar conciencia respecto de cómo atendemos las necesidades de cuidados.

Es preocupante que los centros de día de adultos mayores, de los jardines de infancia, los espacios de cuidado de menores, o de personas dependientes, así como los colegios supongan una reprivatización de los cuidados, donde se vuelve a colocar la carga de cómo se atiende esto en lo privado, en lo doméstico, en las mujeres. Ello supone seguir insistiendo en los cuidados gratuitos.

Ante la falta de respuesta al problema de cuidados, no queda otra que un aislamiento en los entornos domésticos y la búsqueda de soluciones individuales por parte de los grupos familiares, donde la sinergia misma del sistema reinante actualmente, hace que recaiga fundamentalmente sobre las mujeres. No sólo por la carga mental, a la que aluden muchas mujeres por la responsabilidad de pensar cómo van a hacer con los cuidados, sino también por la dedicación física y la energía que esto requiere.

IV. Efectos colaterales del COVID-19

Entonces nos preguntamos, el coronavirus nos iguala? No nos iguala. Porque cuando pareciera que todas las personas estamos en pie de igualdad, ahí viene la desigualdad estructural, de la que venimos hablando.

Hay quienes están preocupados por la economía del mercado, y hay muchas personas pensando en cómo organizar el cuidado en tiempos de pandemia. Poner la sostenibilidad de la vida en el centro, y no en el mercado. Pensar que nadie se salva solo, que necesitamos lazos comunitarios y sociales, para vivir, y sobre todo para sobrevivir.

Que todas las personas somos responsables de nuestro cuidado, del auto-cuidado y del cuidado de otras personas, en algún momento de nuestras vidas.

Porque al final de cuentas quizás podamos entender que la meritocracia no te salva, te salva la conciencia social y la solidaridad comunitaria, te salvan las políticas públicas de un Estado presente y responsable.

Quizás después de esta cuarentena total y aislamiento social obligatorio podamos sacar algo en limpio, podamos revisar nuestras formas de pensar algunas cuestiones, y podamos entender de qué hablamos cuando decimos que otras formas de relacionarnos son posibles.

O tal vez todo esto nos lleve a repensar las relaciones laborales, a revisar con el fin de no reproducir las desigualdades de género, para poder cuidarnos entre todas las personas, porque cuando los equilibrios son tan precarios al final la vida está en riesgo y esto es lo que estamos viviendo, lo que el coronavirus está poniendo de manifiesto.

SUPERPOSICIÓN DE LICENCIA ORDINARIA Y AISLAMIENTO SOCIAL PREVENTIVO Y OBLIGATORIO

por: Juan Facundo MACHADO¹

Cita: RC D 1523/2020

En un contexto laboral excepcional en el que algunas obligaciones contractuales quedaron suspendidas por consecuencia del aislamiento social preventivo y obligatorio, el goce efectivo de la licencia anual ordinaria por parte de los trabajadores se ve afectada por superposición con la medida dispuesta por el PEN a fin de evitar la proliferación y contagio del covid-19.

I. Vacaciones en tiempos de Emergencia sanitaria

Como es de público conocimiento, a raíz de la pandemia originada por el covid-19, el PEN estableció por medio del DNU 297/2020 el aislamiento social preventivo y obligatorio para todos los habitantes de la Nación, a excepción de aquellos cuya actividad o profesión encuadre dentro de las descritas en el art. 6 del mismo.

Por ello, una gran masa de asalariados tiene la obligación de cumplir con la cuarentena y no concurrir a sus lugares de trabajo. Así, mientras se mantenga la medida adoptada por Poder Ejecutivo Nacional, algunas de las obligaciones inherentes al contrato de trabajo se ven suspendidas. En especial, los trabajadores no están obligados a poner su fuerza de trabajo a disposición de sus respectivos empleadores, quedando liberados del deber de asistencia y puntualidad regular (art. 84, LCT). Sin embargo, las empresas deben igualmente abonar a los trabajadores los haberes correspondientes al periodo de aislamiento social aunque estos no concurren a prestar su débito laboral.

En este contexto se da una situación muy particular para algunos trabajadores, la cual consiste en la superposición de sus vacaciones con el aislamiento social preventivo y obligatorio.

En primer lugar hay que mencionar que no hay norma alguna en nuestro ordenamiento jurídico que haya previsto específicamente esta situación, como podría ser el caso de superposición de la licencia ordinaria con una enfermedad inculpable, o laboral o con un accidente de trabajo. Tampoco existe artículo que regule la superposición con situaciones de fuerza mayor en el establecimiento. Ello obliga a interpretar la novedosa situación con arreglo a la analogía y los principios de la disciplina.

Las vacaciones o “licencia anual ordinaria” como derecho reconocido por la Constitución Nacional y la LCT persigue como finalidad primordial que el trabaja-

¹ Abogado, egresado de la Universidad Nacional del Litoral, Especialista en Derecho Laboral por la misma universidad. Asesor de diversas entidades sindicales.

dor descanse. Ese descanso no se limita al ahorro de energía física, a que “cargue las pilas” como si fuera un aparato, sino que tiene también una dimensión psico-social. Debe hacer posible que, en la medida en que así lo desee y de acuerdo a sus recursos, disfrute del tiempo libre accediendo al tipo de actividades recreativas de su libre elección.

En ese sentido dice la doctrina: “Además de las razones vinculadas con la salud, la necesidad del descanso se justifica también por el hecho de que el trabajador no puede ser concebido como una herramienta al servicio de la producción, al que sólo corresponda licenciar para que reponga energías. La disponibilidad de tiempo libre es la condición que hace posible el acceso a ciertos bienes básicos de la persona, tales como la recreación, el deporte, la formación cultural y profesional, el disfrute de la familia, del turismo y, en general, la práctica de las actividades que en su humana capacidad de elegir decida que constituyen sus objetivos individuales.”²

Resulta entonces auto-evidente que es incompatible el “goce” de la vacación durante períodos en que todas esas actividades se encuentran prohibidas como consecuencia de la pandemia denominada “coronavirus” y por efecto del DNU 297/2020. Prohibición que alcanza el más extremo de los sentidos, desde que se encuentra impedida la libre circulación de personas.

Esa incompatibilidad es la que en situaciones parecidas conduce a evitar la superposición de institutos con finalidades contradictorias. Así, según el art. 239, LCT, no puede otorgarse la vacación de modo que coincida con el plazo de preaviso, ya que este último es para buscar nuevo empleo y el primero para descansar, solución que parece adecuada también para los casos en que el trabajador se encuentra enfermo (art. 208 y ss., LCT) o la trabajadora en licencia por maternidad (art. 177, LCT). En este caso, el aislamiento se ha dispuesto por razones “de protección de la salud pública”, para preservarla, no para que el trabajador descanse en el pleno sentido de esa palabra, es decir, como goce o disfrute: los gobernantes y los medios han insistido todo el tiempo en que “*esto no es una vacación*” como modo de exhortar a las personas a que se queden en su casa.

Por otra parte, el art. 151, LCT, en paralelo con aquella finalidad y para evitar que sus plazos se superpongan con los de otras inactividades, dispone que el goce de la vacación ha de comenzar necesariamente *en día hábil*, siendo obvio en consecuencia que no puede empezar a correr su plazo mientras el contrato se encuentre suspendido por motivos diferentes, máxime si esa suspensión es también de las que da derecho al cobro de una remuneración o prestación económica equivalente.

En consecuencia, atendiendo al espíritu de la norma que regula la licencia ordinaria, la cual tiene como fin el descanso y esparcimiento de los trabajadores, consideramos que el aislamiento social preventivo y obligatorio suspende o interrumpe el goce efectivo de las vacaciones dependiendo cada caso.

2 RIAL, Noemí; MACHADO, José Daniel y DE MANUELE, Abel, *Manual para representantes sindicales*. Rubinzal-Culzoni, 2011, pág.137.

II. Dos situaciones a posibles

Es importante diferenciar dos escenarios posibles.

En primer lugar, el de trabajadores que ya se encontraban de licencia al momento que se dispuso la cuarentena obligatoria, es decir, aquellos que ya estaban gozando de sus vacaciones al día 20/03/2020. En estos casos entendemos como razonable que, si bien el art. 150, LCT, reza que la licencia ordinaria debe ser por un periodo continuado, la misma debe interrumpirse mientras dure la medida de aislamiento social, para reanudarse automáticamente el primer día hábil posterior al cese de la cuarentena.

En segundo lugar se encuentran aquellos trabajadores que si bien todavía no han iniciado la licencia ordinaria, han sido notificados oportunamente por sus empleadores de que las mismas comenzarán entre el 20 de marzo y el 12 de abril del corriente año (o la fecha que en definitiva determine el fin del ASPO) En este caso lo sensato sería que la misma quede suspendida hasta tanto se mantenga la cuarentena obligatoria. Pudiendo iniciar la misma el primer lunes o día hábil posterior a la finalización de la medida de prevención o bien convenir las partes una nueva fecha de inicio. Ésta última solución la consideramos viable debido a que la situación de suspensión de la licencia no es imputable a ninguna de las partes, por lo que no podrían aplicarse al caso las soluciones dispuestas en los arts. 154 y 157, LCT, toda vez que es imposible que el empleador notifique con 45 días de antelación una nueva fecha y que la misma sea antes del 30 de abril (art. 154, LCT), como así tampoco el trabajador podría determinar unilateralmente la fecha de inicio y finalización de su licencia ordinaria, conforme lo dispuesto por el art. 157, LCT, debido a que no hubo una omisión por parte del empleador de otorgar la misma.

III. Modelos de comunicaciones

Situación 1:

*ANTE LA IMPOSIBILIDAD DE CONTINUAR GOZANDO DE MIS VACACIONES DURANTE EL PERÍODO ASIGNADO POR USTEDES CON MOTIVO DE LAS PROHIBICIONES DISPUESTAS POR EL DNU 279/20 Y EL ESTADO DE AISLAMIENTO SOCIAL PREVENTIVO Y OBLIGATORIO DE ALLÍ RESULTANTE, LE COMUNICO QUE CONSIDERO **INTERRUMPIDAS** LAS MISMAS A PARTIR DEL 20-03-2020, REANUDÁNDOSE A PARTIR DEL PRIMER DÍA HÁBIL POSTERIOR AL CESE DE LA EMERGENCIA. LE ADELANTO MI DISPOSICIÓN A DIALOGAR DE BUENA FE SOBRE ESTA CUESTIÓN PARA NO PERJUDICAR LOS INTERESES DE LA EMPRESA.*

Situación 2:

ANTE LA IMPOSIBILIDAD DE GOZAR DE MIS VACACIONES DURANTE

*EL PERÍODO ASIGNADO POR USTEDES CON MOTIVO DE LAS PROHIBICIONES DISPUESTAS POR EL DNU 279/20 Y EL ESTADO DE AISLAMIENTO SOCIAL PREVENTIVO Y OBLIGATORIO DE ALLÍ RESULTANTE, HÁGOLE SABER QUE DOY POR **SUSPENDIDAS** LAS MISMAS Y LE AVISO QUE COMENZARÁN A CORRER A PARTIR DEL MOMENTO INDICADO POR EL Art. 151 LCT EL PRIMER DÍA HÁBIL POSTERIOR AL CESE DE DICHO IMPEDIMENTO. LE ADELANTO MI DISPOSICIÓN A DIALOGAR DE BUENA FE SOBRE ESTA CUESTIÓN PARA NO PERJUDICAR LOS INTERESES DE LA EMPRESA.*

MEDIDAS ADOPTADAS EN MATERIA LABORAL EN ESPAÑA, ITALIA Y CHILE A CAUSA DEL COVID-19

por Nahuel Nehuen ESPINILLO¹

Cita: RC D 1542/2020

El objeto del presente trabajo es repasar brevemente las principales medidas adoptadas por España, Italia y Chile, en relación al COVID-19 y su impacto en las relaciones del trabajo.

I. Introducción

Luego de que la Organización Mundial de la Salud declarase al virus del COVID-19 como una pandemia el 11 de marzo pasado, los Estados del mundo han aumentado claramente la toma de medidas dirigidas a proteger a su población.

En tiempos donde un virus originado, aparentemente, en un mercado mayorista de mariscos en la ciudad de Wuhan, capital de la provincia de Hubei, en el centro de la República Popular China, tiene en vilo al mundo entero en virtud de su rápida propagación, resulta útil observar qué medidas han tomado otros países, haciendo especial énfasis en aquella normativa vinculada a las relaciones laborales.

Antes de analizar la normativa, y a modo de advertencia, como destacó el Maestro Mario Ackerman, “*en unas pocas semanas, en un vértigo transformador, todo se ha ido modificando día a día, con la consecuyente y necesaria adecuación de los marcos normativos*”², por lo que es posible que incluso antes de la publicación del presente, se haya dictado alguna norma que modifique, o incluso deje sin efecto alguna aquí comentada.

Por último, también aclaro que, no es objeto del presente trabajo, realizar un juicio sobre la conveniencia o no de las medidas adoptadas, labor que se encarga amablemente al lector.

II. España

España es una clara muestra del verdadero aluvión normativo, que generó la crisis sanitaria del COVID-19, puesto que en el transcurso de diez días, se dictaron muchas normas que regulaban idénticas situaciones de hecho, de manera distinta.

1 Abogado, egresado de la Universidad Católica Argentina, maestrando en Derecho del Trabajo en la Universidad de Ciencias Empresariales (tesis pendiente) y en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales de la Universidad Austral. Integrante del Instituto de Derecho del Trabajo del Colegio de Abogados de San Isidro. Docente y coordinador en diversos cursos de posgrados en Derecho del Trabajo, integra el departamento de Derecho del Trabajo & Seguridad Social del Estudio Bruchou, Fernández Madero & Lombardi.

2 ACKERMAN, Mario “*El COVID-19 (coronavirus) y la relación de trabajo*”, Rubinza-Culzoni. Cita online: RC D 1455/2020.

El 17 de marzo de 2020 se dictó el Real Decreto-ley 8/2020³, mediante el cual se dispusieron “*medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19*”. Entre todas ellas, se destaca el capítulo I, denominado “*Medidas de apoyo a los trabajadores, familias y colectivos vulnerables*”, donde se estableció:

- Otorgarle “*carácter preferente*” al “*trabajo a distancia*”, debiendo la empresa “*adoptar las medidas oportunas si ello es técnica y razonablemente posible y si el esfuerzo de adaptación necesario resulta proporcionado. Estas medidas alternativas, particularmente el trabajo a distancia, deberán ser prioritarias frente a la cesación temporal o reducción de la actividad*”. Incluso, y a fin de facilitar el ejercicio de la modalidad de trabajo a distancia, se dispuso que “*se entenderá cumplida la obligación de efectuar la evaluación de riesgos*”, debiendo a tal efecto, el trabajador, realizar una “*autoevaluación*”⁴.
- Que aquellas personas que “*acrediten deberes de cuidado respecto del cónyuge o pareja de hecho, así como respecto de los familiares por consanguinidad hasta el segundo grado de la persona trabajadora*” podrán acceder a la “*adaptación de su jornada y/o a la reducción de la misma en los términos previstos en el presente artículo, cuando concurren circunstancias excepcionales relacionadas con las actuaciones necesarias para evitar la transmisión comunitaria del COVID-19*”. Asimismo, se aclara que entre otras causales, se encuentra comprendida el cierre de establecimientos educativos, y que esta prerrogativa se trata de un derecho del trabajador y que puede consistir en “*cambio de turno, alteración de horario, horario flexible, jornada partida o continuada, cambio de centro de trabajo, cambio de funciones, cambio en la forma de prestación del trabajo, incluyendo la prestación de trabajo a distancia, o en cualquier otro cambio de condiciones que estuviera disponible en la empresa o que pudiera implantarse de modo razonable y proporcionado, teniendo en cuenta el carácter temporal y excepcional de las medidas contempladas en la presente norma, que se limita al período excepcional de duración del COVID-19*”⁵.
- Los trabajadores también tienen derecho a solicitar una “*reducción especial de la jornada de trabajo*”, cuando existan situaciones extraordinarias como las mencionadas en el punto anterior, con la consecuente “*reducción proporcional del salario*”, debiendo en caso de optar por utilizar este beneficio, notificar a “*la empresa con 24 horas de antelación*”. Esta reducción especial “*podrá alcanzar el cien por cien de la jornada si resultara necesario*”⁶.

3 B.O del 18 de marzo de 2020.

4 Artículo 5.

5 Artículo 6.

6 Artículo 6.

- El pago de una prestación extraordinaria para “*los trabajadores por cuenta propia o autónomos, cuyas actividades queden suspendidas, en virtud de lo previsto en el mencionado Real Decreto, o, en otro caso, cuando su facturación en el mes anterior al que se solicita la prestación se vea reducida, al menos, en un 75 por ciento en relación con el promedio de facturación del semestre anterior*”.
- En el capítulo II, denominado “*medidas de flexibilización de los mecanismos de ajuste temporal de actividad para evitar despidos*”, se estableció que “*las suspensiones de contrato y reducciones de jornada que tengan su causa directa en pérdidas de actividad como consecuencia del COVID-19... tendrán la consideración de provenientes de una situación de fuerza mayor*”⁷ y se dispuso un régimen especial para las regulaciones temporales de empleo (ERTEs)⁸.

Ahora bien, producto del “*notablemente estancamiento que está registrando nuestro mercado laboral, unido al importante volumen de ERTE presentados, desde la declaración del estado de alarma, ponen de relieve la necesidad de arbitrar nuevas medidas e instrumentos que contribuyan a paliar los efectos de esta crisis sanitaria sobre las personas trabajadoras de nuestro país...*”, el 27 de marzo se dictó el Real Decreto-Ley 9/2020⁹, donde se dispusieron una serie de medidas adicionales dedicándole la mayor cantidad de artículos a los ERTEs.

Lo más importante del presente Decreto, es que estableció que: “*la fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción en las que se amparan las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada previstas en los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido*”¹⁰.

Por último, se dictó el Real Decreto-Ley 10/2020¹¹, que en virtud del lamentable agravamiento de la grave situación que está atravesando el país, amplió aún más las medidas antes mencionadas, estableciendo un “*permiso retribuido recuperable*”, de “*carácter obligatorio*” para todos los trabajadores de actividades, que podríamos denominar “*no esenciales*”¹² y que no se encuentren prestando tareas mediante la modalidad de trabajo a distancia, o que trabajen para empresas que hayan solicitado un se encuentren aplicando un ERTE de suspensión.

7 Artículo 22.

8 Equivalente español de los procedimientos preventivos de crisis. Sobre el particular, se recomienda: GNECCO, Lorenzo, “*Tratado de Derecho del Trabajo*” Dir. ACKERMAN, Mario, tomo II, Rubinzal Culzoni, 2013, páginas 745 a 768.

9 B.O. del 28 de marzo de 2020.

10 Artículo 2.

11 B.O del 29 de marzo de 2020.

12 En rigor, el Decreto enuncia una serie de actividades, pero que a los fines del presente, podemos denominar así.

Este “*permiso retribuido*” implica que todos los trabajadores “*conservarán el derecho a la retribución que les hubiera correspondido de estar prestando servicios con carácter ordinario, incluyendo salario base y complementos salariales*”¹³.

Ahora bien, el Decreto también dispone que las horas de trabajo que el trabajador se ve imposibilitado de cumplir, en virtud del “*permiso*” obligatorio (valga la contradicción), se podrá “*hacer efectiva desde el día siguiente a la finalización del estado de alarma hasta el 31 de diciembre de 2020*”, estableciendo a tal fin que “*esta recuperación deberá negociarse en un periodo de consultas abierto al efecto entre la empresa y la representación legal de las personas trabajadoras, que tendrá una duración máxima de siete días*” y que “*en el supuesto de que no exista representación legal de las personas trabajadoras, la comisión representativa de estas para la negociación del periodo de consultas estará integrada por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y con legitimación para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación*”¹⁴.

Como habrá advertido el lector, salvo en el último punto, las normas nacionales resultan ser muy parecidas a las españolas, por lo que me pareció importarte dedicarle más espacio a éstas.

III. Italia

El 22 de marzo, el Presidente del Consejo de Ministros de Italia aprobó un decreto que aumentó las medidas que se venían tomando¹⁵, estableciendo la suspensión de las actividades comerciales (excepto aquellas que se encuentran incluidas en el anexo 1¹⁶ del decreto) y la prohibición de circulación de personas entre municipios, salvo razones de fuerza mayor, entre otras cuestiones.

Como excepción al cierre de establecimientos, se menciona a aquellas que puedan operar mediante teletrabajo, aquellas que sin estar incluidas en el anexo 1, sean esenciales en su cadena de suministros, call centers, trabajadores de “*delivery*” (de actividades autorizadas). Para continuar prestando servicios, la empresa debe dar aviso a la Prefectura de la provincia en la que se encuentre su establecimiento, pudiendo esta, suspender las actividades si entiende que no se cumplen las condiciones necesarias para la continuación de servicios.

Con anterioridad, se estableció una “*ammortizzatori sociali*”¹⁷, con el fin de pro-

13 Artículo 2.

14 Artículo 3.

15 El derrotero normativo italiano, es similar al español, en tanto hubo una cuarentena progresiva, que se fue endureciendo a causa de los estragos que el COVID-19 fue causando en el sistema de salud italiano.

16 Listado similar al realizado en Argentina.

17 En inglés se las conoce como “*Social Shock Absorbers*”, que sería como un “amortiguador de impacto social”

veer asistencia social a empresas que hayan debido reducir o suspender su actividad, y una reducción muy importante de contribuciones patronales, y ayuda a trabajadores autónomos y desocupados, y un bono para la contratación de niñeras para padres que deban seguir prestando tareas.

Asimismo, y mediante el decreto “Cura Italia”, el Estado nacionalizo la línea aérea “Alitalia”, y prohibió los despidos por “razones objetivas”, durante el plazo de 60 días.

Desgraciadamente, y toda vez que Italia está cerca de alcanzar las 115.000 personas infectadas, en el futuro inmediato seguramente habrá novedades

IV. Chile

El 18 de marzo del presente año, el Presidente Piñera declaró el estado constitucional de excepción de catástrofe, que le permite limitar ciertos derechos y garantías de los ciudadanos, declarando por ejemplo toques de queda o cuarentena.

El día siguiente, la Dirección del Trabajo emitió el Dictamen 1239/005, mediante el cual completa un Dictamen anterior, y “*fija criterios y orientaciones sobre el impacto, en materia laboral, de la emergencia sanitaria provocada por el virus COVID-19*”.

Allí, la Dirección afirma que: “*analizada la eventual medida de cierre de empresas que podría adoptar la autoridad sanitaria, en el contexto de la crisis que nos afecta, posible sería sostener que tal medida podría ser calificada como fuerza mayor... lo cual implica que las partes estarían liberadas del cumplimiento de sus obligaciones contractuales*”, aunque inmediatamente aclara que: “*la calificación de fuerza mayor necesariamente deberá determinarse caso a caso, siendo los tribunales de justicia quienes deberán resolver las controversias asociadas a dicha calificación*”. Por último, también afirmó que: “*el hecho imprevisto debe tener un carácter de irresistible, que impida indefinidamente que se retomen los servicios del trabajos, lo cual no ocurriría en aquellos casos en que el cierre de una empresa adoptada por la autoridad fuese una medida de carácter esencialmente transitoria*”

Asimismo, el Presidente del país vecino promulgó la nueva ley de Trabajo a Distancia y Teletrabajo de Chile, que a la fecha de elaboración del presente trabajo todavía no fue publicada en el Diario Oficial.

En líneas generales, el mismo establece:

- Que ambas partes, en caso de que esta nueva modalidad se pacte luego del inicio de la relación laboral, tienen “*derecho a retracto*”, es decir, retrotraer la situación a su estado original, debiendo únicamente notificar a la otra parte, por escrito y con la debida “*anticipación*”.

- Como novedad, el “*derecho a la desconexión*”¹⁸ del trabajador, fijando el mismo en un mínimo de 12 horas contiguas, en un plazo de 24 horas.
- Que el trabajador no puede ser obligado a utilizar elementos de su propiedad, debiendo el empleador proveerle de todas las herramientas necesarias para la prestación de sus tareas. Asimismo, deberá responder por todos los costos que origine la prestación del servicio.

V. Conclusión

La desgraciada novedad de un virus de estas características, puso en jaque a todos los estados del mundo, debiendo éstos tomar diversas medidas para proteger a las personas, sin olvidarse tampoco de la economía, puesto que no se puede cuidar a las primeras, si no se protege su fuente de ingreso.

Ahora bien, sin perjuicio de destacar la importancia del aspecto económico de la crisis, no debe olvidarse nunca que nuestra disciplina, como recordó nuestro Máximo Tribunal, “*muestra una especificidad que la distingue de muchos otros vínculos jurídicos, puesto que la prestación de una de las partes, el trabajador, está constituida por la actividad humana, inseparable e indivisible de la persona del hombre y, por tanto, de su dignidad*”¹⁹, lo que lo convierte en un sujeto de preferente tutela constitucional²⁰.

18 Sobre este concepto, se recomienda: BENITEZ, Oscar Eduardo, “*Primeras reflexiones sobre el derecho a la desconexión ¿nuevo derecho o vieja obligación?*” Revista de Derecho Laboral Actualidad, Rubinzal Culzoni. Cita online: RC D 7/2019.

19 CSJN, “*Perez Anibal Raúl c/ Disco S.A.*” Sentencia del 1 de septiembre de 2009, Fallos 332:2043.

20 CSJN, “*Vizzoti, Carlos Alberto c/ AMSA S.A. s/ Despido*”, Sentencia del 14 de septiembre de 2004, Fallos: 327:3677.

EL CORONAVIRUS Y LOS DERECHOS LABORALES EN BRASIL: SUELDOS Y VACACIONES EN SITUACIÓN DE CALAMIDAD PÚBLICA

por: Luiz Henrique SORMANI BARBUGIANI¹
y Antônio Augusto BONATTO BARCELLOS²

Cita: RC D 1545/2020

En tiempos de pandemia, los derechos laborales (vacaciones y salarios, entre otros) se ven afectados directa o indirectamente debido a la calamidad pública y la reducción de la actividad económica. En este contexto, es importante analizar las reformas que el Gobierno y el Congreso están planeando en una situación de emergencia para mitigar el daño y mejorar el logro de sus objetivos en beneficio de la sociedad.

Nota: Después de que los autores enviaron este artículo, el gobierno brasileño editó la medida provisional (medida provisória nº 927 de 2020) que será objeto de análisis futuros con más detalle en ensayos específicos sobre cada uno de los temas abordados.

Con las dificultades ocasionadas por la situación sanitaria relacionada con la pandemia del CoronaVirus – COVID 19, muchas empresas, o por determinación expresa de las autoridades o por necesidad y conciencia social, han suspendido sus actividades. En algunos casos es posible la continuidad del trabajo a distancia, por medios telemáticos. Sin embargo, en muchos casos, la presencia física de los trabajadores es necesaria para el trabajo, por lo que habrá una suspensión completa de las actividades y de la prestación del trabajo. En otros casos, aquellos de las actividades llamadas esenciales, la suspensión completa podría causar daños a la sociedad y por eso, por ejemplo, la distribución y comercio de alimentos y fármacos podrá mantenerse de acuerdo con el artículo 10 de la Ley 7.783/89 la cual trata sobre el derecho de huelga de los trabajadores en Brasil.

La cuestión fundamental parece ser definir la naturaleza jurídica de la interrupción de las actividades laborales y, en consecuencia, como debe ser la relación entre obreros y empresarios durante la cuarentena. En verdad, la doctrina brasileña hace la distinción técnica de los términos “suspensión” e “interrupción” cuando

1 Postdoctor en Derecho por la Universidad de Salamanca, Doctor y Máster en Derecho por la Universidade de São Paulo, Doctor en Derecho y Máster en Antropología por la Universidad de Salamanca, Miembro investigador del Instituto de Direito Social Cesarino Júnior y Miembro invitado del Foro Federal de Institutos y Comisiones de Derecho del Trabajo de Colegios de Abogados y Procuradores de la República Argentina.

2 Abogado colegiado en Brasil y Portugal, Doctor en Ciencias Sociales por la Universidad de Salamanca, Máster en Derecho del Trabajo por la Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Máster en Antropología de Iberoamérica por la Universidad de Salamanca y Miembro Investigador del Instituto Universitario de Iberoamérica de la Universidad de Salamanca.

se relaciona a los contratos laborales. Todavía, la definición es poco estricta y no abarca la hipótesis de una pandemia a escala mundial.

La “interrupción” según la mayoría de los autores serían aquellos donde no hay prestación de trabajo de parte del obrero pero siguen vigentes todas las obligaciones y derechos relacionados al contrato de trabajo. Algunos ejemplos clásicos de la “interrupción” en el derecho brasileño son las vacaciones, los primeros 15 (quince) días de paro por enfermedad o accidente, la dispensa por donación de sangre, actuación en actividades de interés público como trabajo en las elecciones o condición de testigo en demandas judiciales. Una situación común a las hipótesis de “interrupción” es que el cese de las actividades laborales es consecuencia de una obligación/derecho legalmente reconocido.

En los casos de “suspensión”, no hay prestación de trabajo pero tampoco hay la mayor parte de las obligaciones del empleador. No hay que pagar los sueldos pero el contrato de trabajo permanece vigente. Son los casos, por ejemplo, de la participación en huelgas, de faltas sin la debida justificación y las licencias por enfermedades a partir del décimo quinto día.

Todavía no hay una definición de lo que va a pasar con las actividades no esenciales en razón de la determinación de las autoridades sanitarias. El caso se tratará como una situación típica de fuerza mayor y calamidad pública. En menor medida, podría decirse que la ausencia del trabajador al trabajo podría justificarse por la emergencia sanitaria, colapso del sistema de transporte, entre otras causas. Pero el principal problema será regular las consecuencias laborales de la suspensión parcial o total de las actividades por orden de las autoridades sanitarias.

El gobierno de Brasil, por sus órganos técnicos, estudia la implantación de medidas paliativas para reducir los impactos económicos de la crisis sanitaria para las empresas y para los trabajadores en general.

Probablemente, en los días posteriores a la publicación del presente ensayo, habrá la edición y publicación de una “medida provisoria” (una especie de decreto de emergencia, con validez temporal, que puede ser cancelado o ratificado por el parlamento, y, en esta última hipótesis, tendrá fuerza de ley) de parte del Presidente de la República para autorizar, mediante negociaciones individuales, una serie de medidas, tales como: la reducción de los sueldos y de la jornada laboral proporcionalmente hasta la mitad, manteniéndose siempre el valor de la hora de trabajo. A ello se sumará, probablemente, una moratoria a las empresas con relación a los pagos debidos a la seguridad social, los impuestos de las pequeñas empresas y otras contribuciones destinadas a financiar las prestaciones sociales del Estado¹³.

Además, hay estudios que proponen flexibilización de las reglas del teletrabajo y compensación de horas, la anticipación de las vacaciones individuales y colectivas,

3 La noticia de la “Agência Brasil” puede recuperarse en la siguiente dirección: <<https://agenciabrasil.etc.com.br/geral/noticia/2020-03/coronavirus-empresas-poderao-cortar-jornadas-e-salarios-pela-metade>>.

permitiéndose, en ese caso, al empresario comunicarlas con antelación de apenas 48 hs. y también el anticipo de fiestas religiosas y civiles. Todas las medidas buscan la preservación de los puestos de trabajo y algunas la percepción de algún valor por los obreros, aunque sin el trabajo efectivo como es la propuesta de una ayuda de emergencia de doscientos reales por un período de tres meses para los trabajadores informales, microempresarios individuales y desempleados⁴. Tales medidas han sido planteadas por órganos gubernamentales y entidades asociativas pero efectivamente, no se sabe cuales serán las medidas adoptadas por el gobierno para la situación excepcional, lo que podrá ocurrir en los próximos días.

Es importante resaltar que una gran parte de las medidas planteadas ya encuentran permiso en la legislación actualmente en vigor, especialmente la posibilidad de reducción del sueldo y de la jornada laboral así como la posibilidad de vacaciones colectivas. Dichas medidas, normalmente son debatidas y ponderadas con la participación de los sindicatos patronales y obreros en especial atención a la obligatoria participación de los sindicatos en las negociaciones colectivas prevista en la Constitución de la República.

Existen normas internacionales, a ejemplo del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales que aseguran a todos un trabajo digno y gozar de protección estatal, de la seguridad social y del desarrollo de su familia. Por otro lado, la Constitución Brasileña también asegura a los trabajadores una serie de derechos mínimos como la irreducibilidad de los sueldos, un sueldo mínimo y una jornada laboral diaria y semanal máximas. En la CLT (Consolidación de Leyes del Trabajo Brasileña) existe el permiso de que los sindicatos puedan pactar la reducción de la jornada y consecuente reducción de los sueldos para salvaguardar los puestos de trabajo. De la misma manera, el artículo 139 de la CLT autoriza la concesión de vacaciones colectivas a los trabajadores de una empresa o de un determinado establecimiento empresarial sin mencionar la participación de los sindicatos. Sin embargo, tratándose de cuestión colectiva, la cual puede afectar a muchos trabajadores, sus familias y las sociedades donde viven, parece necesaria la participación de los sindicatos.

Así, las innovaciones provisionales planteadas para el período de calamidad pública serían la flexibilización de los derechos laborales por medio de negociación individual, por ejemplo, la posibilidad de reducción de jornada y sueldos y la concesión de vacaciones colectivas sin la participación de los sindicatos, lo que, *primu ictu oculi*, parece inconstitucional a la vez que en tales momentos es fundamental la participación de los sindicatos para garantizar la defensa de los intereses de los trabajadores.

La CLT, en sus artículos 501 a 504, trata de la definición de los efectos de la fuerza mayor en los contratos de trabajo. Destacamos el contenido del artículo 503, lo cual dispone la posibilidad de reducción general de los sueldos en caso de “fuerza

4 La información puede recuperarse en la siguiente dirección: <<http://trabalho.gov.br/component/content/article?id=7368>>.

mayor” o pérdidas comprobadas, proporcional al sueldo de cada uno y no superior a una cuarta parte de los sueldos. El mismo artículo determina la vuelta de los sueldos al valor anterior cuando cesados los efectos que justificaran la reducción. Por otro lado, el artículo 502 menciona la hipótesis de extinción de una filial o de toda la empresa por razones de fuerza mayor en el caso que las indemnizaciones serán debidas por la mitad.

Debemos resaltar que, aunque que tratemos de la hipótesis de reducción de la jornada y sueldos por motivo de fuerza mayor, sería recomendable la participación de los sindicatos ya que los dispositivos mencionados deberían adaptarse a los mandamientos constitucionales y que, habiendo sido pensados para situaciones extremas, deben ser interpretados de manera restrictiva y en beneficio del trabajador. Dicha concesión para reducción de jornada y sueldos ha sido dictaminada en esta misma línea por Tribunal Superior del Trabajo Brasileño en el Recurso de Revista nº 1001658-51.2013.5.02.0472, 2ª Turma, Relator Desembargador Convocado Cláudio Armando Couce de Menezes, DEJT 18/12/2015, el cual esclarece que: “la jurisprudencia pacífica de esta Corte camina en el sentido de que la reducción salarial prevista en el art. 503, da CLT, y en el art. 7º, VI, de la Constitución Federal, solamente es lícita si corresponder a una compensación en beneficio del empleado, de lo contrario, sería una renuncia a derecho indisponible”. (Traducción Literal de los autores)

Con relación a los funcionarios públicos, el artículo 37, inciso XV de la Constitución Federal, a su turno, asegura que son irreductibles los sueldos de los funcionarios públicos a excepción de las limitaciones constitucionales de las remuneraciones máximas y los impuestos debidos. Dicho artículo impide el aumento de la jornada laboral sin el correspondiente aumento en los sueldos así como la reducción de los sueldos de cualquier forma, visto que no existen excepciones admitidas constitucionalmente como definido anteriormente por la Suprema Corte Brasileña en el ARE 660010, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, juzgado en 30/10/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO, DJe-032, DIVULG 18-02-2015, PUBLIC 19-02-2015.

El gobierno brasileño, debido a la pandemia, estudia la posibilidad de recortes en las jornadas laborales y los sueldos de los funcionarios, medida no prevista en la constitución pero que, al parecer, será adoptada en breve. En ese caso, tendremos algunos problemas de orden jurídico porque en situaciones como la actual los servicios públicos son más necesarios y generalmente la jornada es alargada y no reducida. Además, esa situación temporaria no puede significar violación perenne de los mandamientos de la Constitución Brasileña.

Hay pocas certezas con relación a las medidas relacionadas a la pandemia, sin embargo, parece ser que todos los sectores serán perjudicados y creemos que los recortes no pueden caer solamente sobre los trabajadores y los funcionarios siendo que el Estado y los Empresarios deberían poner la mayor parte del esfuerzo para superar la crisis.