

# Revista de **DERECHO LABORAL**

## Actualidad

SUPLEMENTO DIGITAL

### *El impacto del coronavirus en las relaciones laborales*

Dossier N° 4

**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

### **Fechas de publicación**

Dossier N° 1: 3 de abril de 2020

Dossier N° 2: 14 de abril de 2020

Dossier N° 3: 28 de abril de 2020

Dossier N° 4: 21 de mayo de 2020

Revista de Derecho Laboral Actualidad : suplemento digital : el impacto del coronavirus en las relaciones laborales / Diego Tula... [et al.] ; dirigido por José D. Machado ; Mauricio Cesar Arese. - 1a ed revisada. - Santa Fe : Rubinzal Culzoni, 2020.  
Libro digital, PDF

Archivo Digital: online  
ISBN 978-987-30-1460-4

1. Derecho. 2. Derecho Laboral. I. Tula, Diego. II. Machado, José D., dir. III. Arese, Mauricio Cesar, dir.  
CDD 344.01

### **RUBINZAL - CULZONI EDITORES**

de Rubinzal y Asociados S. A.

Talcahuano 442 – Tel. (011) 4373-0544 – C1013AAJ Buenos Aires

Queda hecho el depósito que dispone la ley 11.723

# ÍNDICE

Presentación .....	4
El acuerdo CGT-UIA, el botón rojo y la libertad sindical sin cuarentena, por César Arese .....	5
Las actividades y servicios caracterizados como esenciales por la normativa de emergencia sanitaria, ¿son servicios esenciales a los fines de limitar el derecho de huelga?, por Héctor Omar García.....	14
Huelga y pandemia: su convivencia, por Horacio Meguira y Carlos Felipe Schwartz .....	31
El artículo 223 bis de la LCT en tiempos del coronavirus. Excepcion de suspender por falta o disminución de trabajo o fuerza mayor?, por Osvaldo A. Maddaloni. .	39
La negociación del 223 bis LCT y los preventivos de crisis en el marco del COVID-19, por Mirna Lozano Bosch .....	47
Eficacia de las comunicaciones epistolares cursadas con motivo del contrato de trabajo durante el aislamiento social, preventivo y obligatorio (A.S.P.O.), por Diego Javier Tula.....	52
Despido con causa y el requisito de “claridad suficiente”. La necesidad de obtener una vía de escape a la prohibición temporal de despedir, por Diego Guirado .....	63
COVID, aislamiento e hiperconectividad. Un contexto propicio para pensar el valor de nuestro tiempo, el sistema normativo y las responsabilidades empresariales, por Oscar E. Benitez.....	73
Emergencia y protección del trabajo <i>en todas sus formas</i> . La Resolución MTESS 279/2020 y ccs. y los trabajadores “no dependientes”, por Ramiro R. Ruiz Fernández .....	81
El derecho a la vida y la salud y el postergado deber de prevención de las ART, por María Agustina Lacase .....	89
Los riesgos del sistema inmune de la LRT ante la respuesta asintomática de las ART, por Matías Croce.....	95
El contagio del trabajador frente al COVID-19 como “resultado lesivo imprudente” penal, por Patricia Gallo .....	102
De las casas a las calles: Pequeñas ideas sobre el futuro posible del Derecho del Trabajo , por Márcio Túlio Viana .....	111
Coronavirus, paredón y después. Ensayo de lo que se vendrá en el Derecho Procesal del Trabajo, por Roxana Mambelli y Mariana Otarola .....	119
COVID-19 y justicia del trabajo, por Carlos J. G. Garibay .....	126
Suspensión y despido en la emergencia, por Lorenzo P. Gnecco.....	132

## PRESENTACIÓN

Presentamos el cuarto episodio del *Suplemento Digital de la Revista de Derecho Laboral Actualidad*, que esta Editorial ha dedicado a los efectos de la pandemia COVID-19 sobre las relaciones individuales y colectivas del trabajo. Como, al menos de momento, es la última entrega, hemos querido presentarla para consignar los agradecimientos que largamente se han ganado el equipo de dirección de la *Revista de Derecho Laboral Actualidad*, su coordinador Diego Guirado y todo el equipo de corrección y edición que, en el contexto desfavorable del aislamiento, ha sabido estar a la altura del desafío redoblando los esfuerzos que ordinariamente implica “armar” una página de contenidos jurídicos.

Cuando José Daniel Machado y César Arese propusieron la iniciativa de hacer este suplemento coincidimos en que el imperativo de la hora –y en cierto sentido un deber moral– era que el mejor de nuestros esfuerzos fuera, además, solidario y gratuito, en una suerte de abrazo a todos los operadores que desde hace décadas nos acompañan como suscriptores pero también a los que, sin serlo, comparten con nosotros la pasión por el derecho y la justicia.

La respuesta de los autores realmente nos desbordó. Lo que inicialmente pensamos para dos entregas terminó duplicándose en razón de la cantidad y calidad de los trabajos que autores nacionales y extranjeros quisieron que formaran parte de esta pequeña cruzada. A todos ellos, desde ya, nuestro agradecimiento. Por ser el último número se decidió incluir algunos trabajos que han excedido la pauta de extensión que celosamente custodiaron los directores, pero cuya calidad así lo justifica. Por ejemplo, nos honra incluir trabajos de los doctores Héctor García y Lorenzo Gnecco, últimos presidentes de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, entidad con la que nos unen años de colaboración en la difusión del conocimiento jurídico.

Como siempre, esta serie de documentos refleja el sello de identidad de la Editorial, es decir, la pluralidad de opiniones en un marco de convivencia libre, respetuosa, democrática y creativa.

RUBINZAL-CULZONI EDITORES,  
mayo de 2020

# EL ACUERDO CGT-UIA, EL BOTÓN ROJO Y LA LIBERTAD SINDICAL SIN CUARENTENA<sup>1</sup>

por César ARESE

*La pandemia colocó al Derecho del Trabajo en el mismo camino que las crisis y no tiene otra opción transitarlo con esa incómoda e indeseable compañera de viaje. Añora los años de largos y continuados viajes por paisajes crecimiento irreductible condiciones salariales y de trabajo. Ahora, por la ventanilla sólo se ven cumbres borrascosas y un abismo que todos saben adónde conduce. Bajarse del vagón no es posible. Nuevos retos históricos para el Derecho Colectivo: el acuerdo CGT-UIA y la negociación de suspensiones, la categoría de “actividades y servicios esenciales” y la suspensión de algunas actividades sindicales.*

**Sumario.** I. Estado de alerta. II. El acuerdo marco CGT-UIA, suspensiones y no remunerativos. III. Nuevos servicios esenciales en materia de huelga. A. El sistema nacional ampliado. B. Los criterios de OIT a emergencia de salud pública. C. Conflicto de derechos fundamentales. IV. La suspensión de actividades sindicales. V. Dificil banco de pruebas.

## I. Estado de alerta

Frente a la pandemia, la Organización Internacional del Trabajo se apresuró a subrayar el rol del diálogo social para enfrentar la pandemia a los fines de mantener el nivel de empleo e ingresos, la protección de la salud y los impactos en las condiciones individuales de trabajo y, a la vez, el rol de las normas de trabajo evitando la discriminación y el trato desigual<sup>2</sup>. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos coincidió con OIT subrayando la necesidad del respeto de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA) por parte de los estados: “Las personas que hayan de proseguir realizando sus actividades laborales, deben ser protegidas de los riesgos de contagio del virus y, en general, se debe dar adecuada protección a los trabajos, salarios, la libertad sindical y negociación colectiva, pensiones y demás derechos sociales interrelacionados con el ámbito laboral y sindical”<sup>3</sup>. Desde allí y desde lo histórico y lo nuclear del Derecho del Trabajo, la necesidad de abordar sucintamente, tres protagonismos y la vez, alteraciones esenciales en el sistema de relaciones colectivas de trabajo en el marco de la pandemia: la negociación colectiva, las medidas de acción sindical y la actuación de las asociaciones sindicales en pandemia.

---

1 Este artículo reúne los conceptos de dos trabajos publicados en el Boletín Diario de la Editorial Rubinzal-Culzoni: “La Libertad Sindical no está en cuarentena”, disponible en [www.rubinzalonline.com.ar](http://www.rubinzalonline.com.ar), RC D 1667/2020 y “Acuerdo marco CGT-UIA, el botón rojo de la irrenunciabilidad y la negociación colectiva”, disponible en [www.rubinzalonline.com.ar](http://www.rubinzalonline.com.ar), RC D 1675/2020.

2 OIT, *Las normas de la OIT y el COVID-19 (coronavirus)*, pdf, 23/03/2020.

3 Organización de Estados Americano, CIDH, Resolución Nro. 1/2020, *Pandemia y Derechos Humanos en las Américas*, 10 de abril de 2020, pag. 10.

## II. El acuerdo CGT-UIA, suspensiones y no remunerativos

La Res. 279 del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación (METSS) del 30/3/2020 habilitó la instrumentación del teletrabajo, la extensión de la jornada según el art. 203, LCT y el cambio de modalidades horarias (art. 1, 2 y 4). Todo esto quedó librado a la “buena fe” contractual y al ejercicio prudente y razonables de estas potestades entregadas a los empleadores. Pero la profundización de la crisis económica provocada por la paralización de tareas disparó la ya activa producción del Procedimiento Preventivo de Crisis de los arts. 98 y sig. Ley 24.013 generalizado y reglamentado por los Decretos 328/1988, 265/2002 y 2072/1994. Es más, el control de cumplimiento de las normas de prevención de contagio ya significaron una actividad adicional para los sindicatos<sup>4</sup>.

Pero el eje intenso de la negociación colectiva comenzó a girar en torno del dictado del art. 8 del DNU 297 del 19/3/2020 estableciendo de modo concluyente que “los trabajadores y trabajadoras del sector privado tendrán derecho al goce íntegro de sus ingresos habituales”. Sin derogar esta norma, al correr la crisis pandémica, se apeló a un sistema de compensaciones y de nuevas distribución de cargas laborales de reducción de actividad e ingreso. Mediante el DNU 329/2020 del 31/03/2020 se prohibieron los despidos y suspensiones sin justa causa o por falta o disminución de trabajo y fuerza mayor por el plazo de sesenta días desde el 01/04/2020. Pero a la vez, se colocó la válvula de escape jurídico autónoma de las suspensiones de apelar al pago de no remuneratorios mediante acuerdos individuales o colectivos homologados por la autoridad de aplicación en los términos del art. 223 bis, LCT (art. 2 y 3). A su vez, se acompañó a esas medidas con el DNU 332/2020, modificado por los DNU 347/2020 y 376/2020, que instituyó el Programa de Asistencia de Emergencia al Trabajo y la Producción (ATP) para empleadores y empleadoras y trabajadores afectados por la emergencia sanitaria, con el objeto de reducir el impacto y asistir con sustitución de salarios y reducción de cargas y aportes.

De tal modo, a partir de la obvia crisis económica internalizadas en muchas actividades, se delegó en la negociación a diversidad de niveles, individual y colectiva, la posibilidad de convertir los salarios de los días de suspensión en sumas no remuneratorias y, una eventual, quita o reducción de ingresos. Las alternativas fueron múltiples y motivaron conflictos obrero patronales porque casi todos los sectores no comprendidos en actividades y servicios esenciales, resultaron golpeados económicamente por la crisis y los trabajadores vieron amenazados sus ingresos y, en muchos casos, el futuro de la fuente de trabajo misma. Pero también se generaron conflictos intra e inter patronales y gremiales por la disimilitud en

---

4 La SRT dictó al menos dos normas especiales sobre prevención de contagio de coronavirus, la Nro. 21 relativa al teletrabajo y la 29 con sus anexo I y II sobre obligaciones especiales en los lugares de trabajo. Obviamente que corresponde a las empresas, la inspección de trabajo y las ART el rol esencial en cumplir con las normativa especial, pero también a los sindicatos su verificación.

las respuestas negociadas y pactas. Incide en esto la desconfianza frente al Estado sobre la oportunidad y plenitud de las asistencias oficiales que prometen aquellos dispositivos.

De tal manera, se concretó el 27/04/2020 la reunión tripartita y un acuerdo sobre “medidas que tienda al sostenimiento del trabajo y la producción frente al COVID-19” entre la Confederación General del Trabajo (CG), la Unión Industrial Argentina (UIA) y los ministerios de Trabajo, Empleo y Seguridad Social y Desarrollo Productivo. En síntesis, que tuvo como objeto central habilitar la sanción de una norma estatal legitimadores de un piso del 75 % del salario para los acuerdos de suspensiones mediante “no remunerativos” con homologación “automática”, sin afectar otros acuerdos ya consumados y manteniendo el empleo por el plazo de sesenta días.

Por Res. MTESS 397/2020 del 29/04/2020 se reconoció al instrumento criterio de homologación de acuerdos de partes por la autoridad de aplicación, inclusive si son más beneficiosos para los trabajadores (art. 1), los acuerdos pedidos por las empresas pero ajustados a las pautas del acuerdo marco poseen un trámite abreviado (art. 2), en tanto que los que no lo respetan serán sometidos a control administrativo (art. 3).

Al margen de valoraciones políticas acerca de intensidades, alcances concretos y su procedimiento, el acuerdo marco implica una práctica de diálogo social y negociación colectiva interconfederal de crisis con efectos de alumbrar una especie de “ley negociada” (resolución MTESS) asegurando un criterio de composición y resolución de controversias sociales en curso.

Este consenso se amasó rápidamente, intervienen dos centrales (UIA-CGT) cuando existen varias más también representativas del sector y, sin ir más lejos, en el Consejo del Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo de la Ley 24.013 participan activamente. Por lo tanto es parcialmente representativo. Se trata de un diálogo social directiva, de criterios u orientaciones más que pautas obligatorias o pacto imperativo para los firmantes porque se da curso a la negociación colectiva de otras condiciones por encima de lo acordado. El 75 % del salario es una pauta mínima, que fue tomada como referencia para acuerdos de los sectores mercantil (28/04/2020) y gastronómicos (29/04/2020), pero que puede ser mejorada mediante la negociación colectiva sectorial, por empresa o individual, como ocurrió con el acuerdo para la actividad metalúrgica (28/04/2020) o en algunas empresas con pago del 100 % bajo el concepto de “no remuneratorio” o remuneratorios totales o parciales. Estos convenios, no serán afectados y son válidos. Pero de otro lado, no hay margen político y posiblemente jurídico, para negociar u homologar un convenio por un porcentaje inferior al del acuerdo de CGT-UIA a pesar de que ya se ha instrumentado en algunas empresas y sectores. Aquí habrá que dar marcha atrás o justificar y fundar adecuadamente las razones para trabajar por debajo del acuerdo interconfederal y la Res. MTESS 397/2020.

Por lo que puede verse, se “desinfló” la potencia del art. 8 del DNU 297 del 19/03/2020 de integralidad remunerativa a manos del devenir del DNU 329/2020 de prohibición de despidos y suspensiones y la habilitación de la negociación colectiva interconfederal y por empresa con intervención de la autoridad de aplicación. Unos lo harán en mejor condición de fuerza y negociación logrando los acuerdos posibles y otros se atendrán a los tres cuartos del total remuneratorio. Además, el acuerdo no comprende formalmente varias materias en curso de negociación y de eventuales conflictos actuales, según la Res. METSS 279/2020.

En suma, el acuerdo adolece de representatividad comprensiva de todos los sectores, es acotado en materias, es operativo sólo como recomendación y está acotado temporalmente (60 días), pero adquirió un fuerte impacto en las negociaciones sobre aplicación de no remunerativos, la asistencia estatal y la preservación de empleo.

Pues bien, el Derecho del Trabajo quisiera encontrarse apretando furiosamente el botón rojo de la irrenunciabilidad y la no regresividad. Pero la pandemia lo colocó, una vez más, en el mismo camino que las crisis y no tiene otra opción transitarlo con esa incómoda e indeseable compañera de viaje. Añora los años de largos y continuados viajes por paisajes del “*toujour plus*”; de crecimiento sostenido e irreducible de la progresión indefinida de mejores y más extendidas condiciones salariales y de trabajo. Ahora, por la ventanilla sólo se ven cumbres borrascosas y un abismo que todos saben adónde conduce. Bajarse del vagón no es posible, tampoco. Por lo tanto, acomodarse y pensar el mejor modo de transitar este viaje.

Naturalmente que las alternativas (“no remunerativos” con o sin rebajas) ponen en tensión una vez más a los arts. 9 y 12, LCT y el sistema de irrenunciabilidad rígido destinado a preservar los elementos esenciales del contrato de trabajo aun contra la voluntad del trabajador. Y en estos acuerdo aparece la renuncia, pero negociada, con control de la autoridad de aplicación, mediante una autorización especial y, en la amplia mayoría de los casos, con participación del sindicato representativo y acuerdos individuales de los trabajadores, en el marco de la crisis excepcional, imprevista, objetiva, temporaria y con normativa especial que se generó con la crisis de la pandemia.

El tema es recurrente en materia de negociación colectiva, especialmente, mediante los procedimientos preventivos de crisis (PPC) creados hace más de tres décadas en el país a partir del Decreto 328/1988 y generalizado por la Ley 24.013 de 1990 y el Decreto 265/2002. Y ahora, también esta institución es interpelada para actuar en la emergencia. Lo esencial es explicitar la situación de cada empresa o rama, la fundamentación de la medida, la temporalidad, razonabilidad, la absoluta, necesaria y ponderada menor afectación del derechos fundamentales. Se impone aquí un extraño y dramático principio: el de la primacía de la realidad inversa<sup>5</sup>. En

5 Sobre todas estas valoraciones Arese, César, “La difícil cuestión de la disponibilidad colectiva en procedimientos preventivos de crisis”, en *Crisis económica, crisis en la empresa y*

esta oportunidad, también al Derecho del Trabajo, especialmente la Negociación Colectiva, es convocado para hacerse cargo de la parte más deplorable y no querida de su vida, el de hablar de disminuir derechos para preservar otros. Librar esto al libre juego de las fuerzas “naturales” del mundo del trabajo, tendría, hoy por hoy, un resultado obvio. Hacerlo a través del sujeto colectivo de modo democrático, con participación individual y a la vez colectiva de los trabajadores y con control de la autoridad de aplicación, es el mejor modo posible que ha encontrado el Derecho del Trabajo para preservar sus valores, principios e intereses históricos. Para eso ha sido convocado.

### III. Nuevos servicios esenciales en materia de huelga

**A) El sistema nacional ampliado.** Existían al 12/04/2020 unos cuarenta sectores laborales definidos legalmente como actividades y servicios como esenciales (AySSEE) y en las se prescribe la continuidad de las tareas como exigencia excepcional de la economía nacional<sup>6</sup>. La pregunta es si esa definición se extiende a la reglamentación de huelga en servicios esenciales con la obligación de las partes de cumplir con un procedimiento especial de conciliación y de mantener servicios o guardias mínimas, según lo establecido en el art. 24 de la Ley 25.877 de 2004 y reglamentado por el Decreto 272/2006. En principio aquella categoría se encuentra referida en la prescripción de esa norma, habilitando la huelga pero debiéndose “garantizar la prestación de servicios mínimos para evitar su interrupción”. Los servicios esenciales en sentido estricto son los “servicios sanitarios y hospitalarios, la producción y distribución de agua potable, energía eléctrica y gas y el control del tráfico aéreo”.

¿Pero qué ocurre con las nuevas incorporaciones como AySSEE? El mismo art. 24 dispone que, en este caso, por no estar comprendidos, “podrá ser calificada excepcionalmente como servicio esencial, por una comisión independiente integrada según establezca la reglamentación, previa apertura del procedimiento de conciliación previsto en la legislación, en los siguientes supuestos: a) Cuando por la duración y extensión territorial de la interrupción de la actividad, la ejecución de la medida pudiere poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población; b) Cuando se tratare de un servicio público de importancia trascendental, conforme los criterios de los organismos de control de la Organización Internacional del Trabajo”.

Lo que acontece es que hay ahora una declaración también taxativa aunque am-

---

*relaciones de trabajo, Revista de Derecho Laboral, Tomo: 2019 / 2, Edición: 1ª, p. 271, adonde podrán leerse y criticarse las valoraciones y propuestas sobre este dramático tema laboral.*

6 El DNU 297/2020 del 20/03/2020 y la Decisión Administrativa 450, 02/04/2020 de la Jefatura de Gabinete; Res. MTESS 276, 30/03/2020, los consideró “personal esencial”, en los términos de la Res. MTESS 207 del 16/03/2020. Por lo tanto: “La continuidad de tales actividades en estas circunstancias constituye una exigencia excepcional de la economía nacional (art. 203, Ley de Contrato de Trabajo Nro. 20.744, T.O. 1976 y sus modificatorias)”.

plia en las normas de emergencia sanitaria 2020 por sobre el listado de servicios esenciales de la Ley 25877, lo que podría ser utilizada por el MTESS para obligar a las partes a cumplir con la disposiciones procesales de la Ley 25.877 y su reglamentación. Si bien hubo un precedente de conflicto con la “huelga sanitaria” de empleados del Poder Judicial de la Nación el 16/03/2020 reclamando condiciones de trabajo adecuadas, fue anterior al recrudescimiento de las medidas oficiales relativas a la pandemia y no implicó suspensión de las “guardias judiciales”<sup>7</sup>. Seguramente, la actuación de la Comisión de Garantías demoraría un tiempo el proceso y, siempre hipotéticamente, se acudiría a algún atajo para ocuparse del conflicto y sus consecuencias. Aquí se está hablando en un gran abanico de casos, del riesgo de la vida, la salud y la seguridad entre los que están los en sentido estricto y otros ampliados y relativos.

**B) Los criterios de OIT a emergencia de salud pública.** El art. 24 de la Ley 25.877, remite a los criterios de los organismos de control de OIT. En este sentido, el Comité de Libertad Sindical se ha manifestado restrictivamente acerca de la catalogación de esencial, desestimando numerosos pedidos, pero también ha incurrido en situaciones que se podrían asimilar a la que se está analizando. Así ha entendido que: “Para determinar los casos en los que podría prohibirse la huelga, el criterio determinante es la existencia de una amenaza evidente e inminente para la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población” y, a la vez “lo que se entiende por servicios esenciales en el sentido estricto de la palabra depende en gran medida de las condiciones propias de cada país”. Y acota: “este concepto no es absoluto puesto que un servicio no esencial puede convertirse en servicio esencial cuando la duración de una huelga rebasa cierto período o cierto alcance y pone así en peligro la vida, la seguridad de la persona o la salud de toda o parte de la población”<sup>8</sup>.

Específicamente, si bien no está previsto en el sistema normativo argentino, el CLS admite la declaración de ilegalidad para casos como de la pandemia: “Una disposición que se permite al Gobierno suspender una huelga e imponer el arbitraje obligatorio por motivos de seguridad nacional o salud pública, no es en sí contraria a los principios de la libertad sindical siempre que se aplique de buena fe y con apego al significado habitual de los conceptos de “seguridad nacional” y “salud pública”<sup>9</sup>.

**C) Conflicto de derechos fundamentales.** Aquí podría surgir un difícil balance entre aquellos derechos fundamentales y la libertad sindical y de hecho, ha sido

---

7 Sin embargo, disparó alertas sobre el ejercicio de la huelga. Duarte, David, *La huelga por razones de salud de los trabajadores - Paro nacional sanitario*, www.rubinzalonline.com.ar, RC D 1535/2020.

8 OIT, Comité de Libertad Sindical, *La libertad sindical*, Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical, Ed. 2018, parr. 836 y 837.

9 OIT...cit. parr. 916.

considerado como un “caso difícil” en filosofía del derecho<sup>10</sup> e involucra el derecho de reunión y protesta como derecho fundamental de carácter ciudadano<sup>11</sup>. La Corte Suprema de Justicia se ocupó de la huelga como derecho humano laboral confrontándola con “los derechos del empleador (libertad de comerciar, de ejercer toda industria lícita, etc.) así como también con derechos de terceros o de la sociedad (de transitar, de enseñar y aprender, a la protección de la salud, a la adquisición de bienes para una adecuada alimentación y vestimenta, a que se asegure la calidad y eficiencia de los servicios públicos, etc.)” inclinándose en 2016 por una interpretación restrictiva porque solamente atribuye a los sindicatos inscriptos la facultad de decidirla<sup>12</sup>.

Pero aquí la huelga puede ejercerse para salvar exactamente los mismos valores o bienes jurídicos de protección general de la población si, por ejemplo, las condiciones de trabajo en el establecimiento (o en el trayecto) en servicios esenciales en el marco de la crisis sanitaria implican riesgos a la vida, la salud o la seguridad de los trabajadores. Hay casos de confluencia y no una posible colisión entre libertad sindical y derechos fundamentales de primer orden que son los que se tratan de garantizar mediante las limitaciones a la huelga en servicios esenciales. No habría dudas en cambio, cuando se tratara de optar entre los valores esenciales que se están referenciando y otros de tipo meramente económicos y que encontrarán otro procedimiento o medio adecuado, proporcional y razonable<sup>13</sup>. Difícil caso es más aún, cuando se no se abonan salarios porque no se podría obligar a los trabajadores a trabajar lo mismo<sup>14</sup>. Sería una suerte de trabajo forzoso...

Como puede verse, el tema está a disposición para una especial ponderación en

---

10 Ver entre otros, Alexy, Robert, *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007, p. 82; Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 3ra, Ed., 2007, p. 88. Arese, César, “Sobre confrontación de derechos fundamentales”, *Revista Derecho del Trabajo*, ISSN 0325-3627, Año 2017, 2/Dic. p. 2425-2442 y “El fallo “Orellano” de la Corte Suprema sobre titularidad sindical del derecho de huelga. Relativo encogimiento de un derecho fundamental de los sindicatos y de los trabajadores”, *Revista Derecho Laboral Actualidad*, 2016 II;

11 GIALDINO, Rolando E. *Protesta social. Derecho de reunión. En clave de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Publicado en: Cita Online: AP/DOC/253/202016.

12 Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Orellano, Francisco Daniel c/ Correo Oficial de la República Argentina S.A.”, 7/6/16. “Esa tensión entre derechos de difícil armonización ha llevado a que los diversos ordenamientos jurídicos supediten el ejercicio del derecho de huelga al cumplimiento de determinadas condiciones o recaudos que configuran su marco de legalidad. De ahí la importancia de la calificación legal de la huelga que, como lo ha puesto de relieve reiteradamente esta Corte, constituye un requisito ineludible para decidir sobre sus consecuencias (Fallos: 251:472; 254:58 y 65; 256:307 y 562; 265:293; 266:191, entre varios más)”. Ver comentario: ARESE, César, “El fallo “Orellano”...cit..

13 Arese, César, “Sobre confrontación ...cit..

14 En el momento de escribirse estas líneas, 20/04/2020, se registra una huelga del personal de transporte de pasajeros de media distancia porque no se abonaron completamente los haberes de marzo y la autoridad de aplicación no adoptó ninguna medida.

un marco fáctico y jurídico novedoso. Empero, los principios y valores que inspiran y persigue la actuación a través de la libertad sindical y el derecho de huelga, son precisamente la protección y avance en derechos humanos laborales coincidentes y confluentes con los derechos humanos de los ciudadanos relativos a su vida, salud y seguridad.

Ahora bien, debe aclararse que durante más de década y media de vigencia de los dispositivos legales referidos, la Comisión de Garantías actuó en muy pocas oportunidades y las declaraciones de ilegalidad de medidas de acción en servicios esenciales prácticamente inexistentes<sup>15</sup>. En Argentina, los procedimientos de solución de conflictos colectivos poseen un alto grado de aceptación y efectividad y no podría ser la etapa de pandemia una excepción.

#### **IV. La suspensión de actividades sindicales**

El marco anterior, se presenta a su vez, con una medida casi inédita de limitación de la libertad sindical: la suspensión de los procesos electorales, con prorroga de mandatos de representantes sindicales como así también, por treinta días de “todo acto institucional que implique la movilización, traslado y/o aglomeración de personas, de todas las asociaciones sindicales inscriptas en el registro de esta Autoridad de Aplicación” (art. 1 Res. MTESS 238 del 16/03/2020). Se dice “casi” inédita porque durante la dictadura militar 1976-1983 se dictó la suspensión general de la actividad sindical aunque los motivos y objetivos eran obviamente suprimir a los trabajadores organizados en el ejercicio de la libertad sindical para implantar un plan militar de persecución política y un plan económico que tuvo como principales víctimas a los propios trabajadores y sus derechos.

Pero ahora, el motivo es obviamente otro y loable, evitar actos que implique reuniones masivas o contactos entre personas, pero existen consecuencias en el ejercicio de la libertad sindical, especialmente en la toma de decisiones, preparación y ejercicio de planes de acción sindical. En particular, se está aludiendo la eventual debilidad sindical de respuesta reivindicativa o defensiva en conflicto. Sería imposible practicar las modalidades de manifestaciones, piquetes, asambleas, etc. que impliquen reunión y contacto de un conjunto de trabajadores. Aquí habrá seguramente, alternativas creativas que garanticen la efectividad de la respuesta. Se han registrado asambleas conservando las distancias personales. De hecho, los medios no presenciales y tecnológicos de acción directa como la ciberhuelga, “escraches”, etiquetados, campañas, denuncias, etc. pueden ser más efectivos que la huelga tradicional y los modos de organización, toma de decisiones y acción virtual, se están

---

<sup>15</sup> Sobre el tema en general ver Arese, César, *Derecho de los conflictos colectivos*, 1ra. Ed. Ed. Rubinzal Culzoni, Bs. As. 2017, Capítulo IV, Conflictos colectivos en servicios esenciales”. Se anexa síntesis de las resoluciones de diez resoluciones de la Comisión de Garantías de Servicios Esenciales.

expandiendo cotidianamente en el mundo sindical<sup>16</sup>. Con efectos institucionales y legales, pero en todo caso político interno más que práctico en materia de conflictos, el plazo de prórroga de mandatos sindical se prolongó por 120 días por Res. MTESS 259/2020.

Las medidas se presentan con fines públicos, razonabilidad, tiempo cierto y fuente formal incuestionable en la emergencia sanitaria de la Ley 27.541 del 23/12/2019, aunque, como se aprecia con impacto práctica e institucional sobre la libertad sindical, lo que no es un dato nuestro, porque se trata de un derecho humano laboral garantizado por los convenios de OIT 87, 98 y 135, a más de otros instrumentos normativos supracionales de Naciones Unidas y la Organización de Estados Americanos, a más claro está, que la Constitución Nacional (arts. 14 bis).

## **V. Difícil banco de pruebas**

La tensión social y laboral frente a situaciones extremas, ha generado normas de excepción que obligan a pensar las aceptadas categorías de derechos centrales de la sociedad y del Estado. Pero los llamados estados de excepción no suprimen ni limitan las libertades fundamentales, el Estado de Derecho ni a los Derechos Humanos Laborales. Por el contrario, ponen a prueba su fortaleza, respeto, aplicación y ejecutoriedad práctica. No sólo todo eso, también son instrumentos para enfrentar y superar las crisis, sean sanitarias, económicas o ambas a la vez. Los Derechos Humanos Laborales, la libertad sindical entre ellos, no pueden ser obligados a permanecer en aislamiento obligatorio ni en cuarentena. También hay que ejercitarlos y protegerlos y, como puede verse, son imprescindibles.

---

16 Ver. Arese César, capítulo “Tiempos Modernos” en Arese, César (Dir.), *Nuevas tecnologías, presente y futuro del Derecho del Trabajo*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2019.

# LAS ACTIVIDADES Y SERVICIOS CARACTERIZADOS COMO *ESENCIALES* POR LA NORMATIVA DE EMERGENCIA SANITARIA, ¿SON SERVICIOS ESENCIALES A LOS FINES DE LIMITAR EL DERECHO DE HUELGA?

por Héctor Omar GARCÍA

RC D 1662/2020

*El contexto de pandemia y la declaración de emergencia sanitaria trajo aparejado una sucesión normativa de decretos de necesidad y urgencia, resoluciones del MTESS y reglamentos administrativos, por nombrar algunos, todos con incidencia directa en las relaciones individuales de trabajo y con proyecciones al plano colectivo. El autor aborda esta situación excepcional y plantea cuales serían los posibles efectos sobre el ejercicio del derecho de huelga que tendría la determinación como esenciales de ciertos de servicios o actividades por parte de las normas surgidas de la emergencia.*

**Sumario:** I. Introducción. II. Actividades y servicios declarados esenciales por las normas de emergencia sanitaria. III. Los servicios calificados como esenciales por la ley a los efectos de limitar el ejercicio del derecho de huelga. IV. Trabajadores y servicios declarados esenciales durante la emergencia y servicios esenciales a los efectos de limitar el derecho de huelga: a) *Trabajadores afectados a la prestación de servicios esenciales que encuadran en las previsiones de las Leyes 25.877 y 27.161*; b) *Trabajadores afectados a actividades consideradas servicios esenciales en sentido estricto por los órganos de control de la OIT*; c) *Trabajadores afectados a “servicios esenciales por extensión” o a “servicios públicos de importancia trascendental” o a actividades que pueden dar lugar a la exigencia de servicios mínimos*. V. “Trabajadores” declarados “esenciales” en “dotaciones mínimas”. VI. Emergencia sanitaria y “*crisis nacional aguda*”.

## I. Introducción

En trabajos anteriores, he efectuado algunas precisiones terminológicas al hilo de críticas vertidas contra el uso de ciertos conceptos o denominaciones que se aplican de manera frecuente a algunos institutos pertenecientes a la temática del derecho de huelga que, desprovistos de rigor jurídico, no resultan apropiados técnicamente ni adecuados a las circunstancias en las cuales dichos conceptos o denominaciones se aplican.

Comienzo por recordar mi objeción a la utilización de la fórmula “medida de acción directa” como sinónimo liso y llano de huelga o comprensivo del vasto abanico de formas de acción de conflicto laboral colectivo, que se observa de manera ubicua en trabajos de doctrina, sentencias judiciales y textos normativos<sup>1</sup>. Fórmula

---

1 Véase GARCÍA, Héctor Omar, “Acción ‘directa’ y conciliación: apostillas y conjeturas sobre el procedimiento aplicable a la huelga y el *lock--out*”, en *Anuario de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 2013*, Año IV – Nº 4 *Derecho Colectivo del Trabajo*,

que, como he dicho en el lugar al que he remitido, debe reservarse para las medidas de conflicto colectivo que son ejecutadas de manera sorpresiva y desprevenida para el empleador –aunque también este puede ser el ejecutor–, es decir sin haber transitado el procedimiento de conciliación obligatoria o alguna instancia de negociación o, cuando menos, sin haber emitido el preaviso que permita la apertura de la instancia conciliatoria prevista en la Ley 14.786 o de una negociación destinada a solucionar el conflicto.

Del mismo modo, he criticado la expresión “guardias mínimas”, utilizada ya de manera casi unánime como apelativo de los servicios mínimos que, como es conocido, constituyen la técnica por antonomasia que utiliza el ordenamiento jurídico laboral para restringir el ejercicio del derecho de huelga en los servicios considerados esenciales, y es la excluyentemente adoptada a ese fin por la legislación argentina<sup>2</sup>.

Así también, en obras anteriores he subrayado que el concepto de servicios esenciales, que se utiliza, según acabo de señalar, como factor de limitación del ejercicio del derecho de huelga, posee en el Derecho del Trabajo un significado preciso y propio de esta disciplina, que se diferencia del usualmente más amplio que se le otorga en otras ramas del Derecho –v.gr., Constitucional, Administrativo y del Consumidor– y en la política jurídica en general. Significados que no podrían ser utilizados en oposición al ejercicio del derecho de huelga sin menoscabar su garantía constitucional y soslayar su regulación legal específica<sup>3</sup>. En el Derecho del Trabajo y en la normativa laboral, la noción de servicio esencial cumple la función excluyente de determinar el ámbito en el cual se aplica al ejercicio del derecho de huelga una regulación especial de carácter restrictivo<sup>4</sup>, de lo cual deriva como consecuencia inmediata la inadmisibilidad de estrechamientos al campo de acción de este derecho más intensas que las que recibe en ese ámbito regulatorio particular.

De acuerdo con autores como Tribuzio y Baylos, la calificación de un servicio como esencial se encuentra investida de una laboralidad propia que se verifica exclusivamente en el conflicto de trabajo, por la cual el carácter esencial de una actividad o servicio se deriva de su funcionalidad específica para garantizar la tutela de necesidades vitales para las personas que, en razón de ello, se sobreponen al derecho de huelga reclamando, cuanto menos, la moderación de sus efectos<sup>5</sup>. En el

---

Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2014, pp. 85/ 118.

2 Véanse mis trabajos sobre “La huelga en los servicios esenciales” en ACKERMAN, Mario E. (director) y TOSCA, Diego M. (coordinador), *Tratado de Derecho del Trabajo*, primera edición, T. VIII – *Relaciones colectivas de trabajo II*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2007, pp. 805/887; y en RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge (director), *Derecho del Trabajo*, Astrea, Buenos Aires, 2010, t. 3, pp. 290/387.

3 *Ibidem*.

4 VIVERO SERRANO, Juan Bautista, *La huelga en los servicios esenciales*, Lex Nova, 1ª edición, Valladolid, 2002, p. 130.

5 TRIBUZIO, José E. “La huelga en los servicios esenciales”, en SIMON, Julio C. (dir.) y AMBESI, Leonardo (coord.), *Tratado de Derecho Colectivo del Trabajo*, La Ley, Buenos Aires, 2012, t. II, p. 755.

mismo sentido, el Tribunal Constitucional español, ha entendido que “la calificación de unos servicios como esenciales ‘desde una óptica diferente a la propia del derecho de huelga’ no puede sustituir la calificación que, conforme a los parámetros constitucionales, permite hablar de actividad o servicio ‘esencial a los efectos de la huelga’”<sup>6</sup>.

Ahora bien, como usted sabe, amigable lector, nos encontramos ante una situación excepcional, imprevista y atemorizante, con motivo de la pandemia de COVID-19 (acrónimo de **CoronaVirus Disease**), **generada por un nuevo tipo de coronavirus**, fantasma que recorre el planeta de Oriente a Occidente y “cambió el mundo del trabajo en pocos días”<sup>7</sup>, que ha motivado, en nuestro país, la ampliación de la emergencia sanitaria originariamente declarada por el art. 1º de la Ley 27.541, en cuyo marco se ha emitido una producción en serie de normas administrativas –decretos de necesidad y urgencia (DNU), decisiones de la Jefatura de Gabinete de Ministros y resoluciones ministeriales– que, en lo que aquí interesa, se encuentran provistas de contenido laboral accesorias de las prioritarias de orden sanitario.

Más concretamente, en esas normas de carácter laboral se hacen reiteradas menciones a “actividades o servicios esenciales” y a “personal esencial”, lo que motiva la pregunta acerca de la relación –si la hay– entre estos conceptos y el de servicios esenciales a los efectos de recortar el ejercicio del derecho de huelga. A responder esa pregunta se dedicarán los párrafos subsiguientes, luego de pasar revista a algunos dispositivos seleccionados de la copiosa normativa surgida para sobrellevar la situación de emergencia.

## II. Actividades y servicios declarados esenciales por las normas de emergencia sanitaria

De la amplia secuencia de dispositivos dictados en el señalado contexto de alto estrés normativo que comenzó el 6 de marzo de 2020, tienen interés, al objeto del presente trabajo, algunos DNU del Poder Ejecutivo nacional, una decisión administrativa de la Jefatura de Gabinete de Ministros y algunas resoluciones del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social (MTESS), que repasaré a continuación con el mayor esfuerzo de síntesis que me resulte posible.

Comienzo por el DNU 260/2020, dictado el 13 de marzo de 2020 –cuyo art. 1º amplió por el plazo de un año la emergencia pública en materia sanitaria que había establecido la Ley 27.541 en virtud de la pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) en relación con el nuevo coronavirus y la enfermedad

---

6 BAYLOS GRAU, Antonio, *Servicios esenciales, servicios mínimos y derecho de huelga*, Bomarzo, Albacete, 2018, p. 93, con cita de las STC 183, 184, 191 y 193/2006.

7 MACHADO, José Daniel y ARESE, César (directores) y GUIRADO, Diego (coordinador) “Presentación”, a *Revista de Derecho Laboral Actualidad*, Suplemento digital: *El impacto del coronavirus en las relaciones laborales – Dossier N° 1*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2020, p. 3.

que este provoca (denominada COVID-19)–, que facultó, en su art. 12, a dicho ministerio a “establecer las condiciones de trabajo y licencias que deberán cumplir quienes se encuentren comprendidos en las previsiones del artículo 7° del [propio] decreto<sup>8</sup>, durante el plazo que establezca la autoridad sanitaria”.

En ejercicio de las facultades delegadas por el mencionado DNU, el 13/03/2020, el MTESS dictó la resolución 202/2020, mediante la cual ordenó la “*suspensión del deber de asistencia al lugar de trabajo con goce íntegro de sus remuneraciones*” a todos los trabajadores y trabajadoras que se encontraran en las situaciones de aislamiento preventivo obligatorio descriptas en el artículo 7° del DNU 260/2020 y extendió esa suspensión a quienes prestaran servicios de forma continua bajo figuras *no dependientes*, tales como locaciones de servicios reguladas por Decreto 1109/2017, becas en lugares de trabajo, pasantías y residencias médicas.

---

8 “Artículo 7°.- Aislamiento obligatorio. Acciones preventivas:

1. *Deberán permanecer aisladas durante 14 días, plazo que podrá ser modificado por la autoridad de aplicación según la evolución epidemiológica, las siguientes personas:*

a) *Quienes revistan la condición de “casos sospechosos”. A los fines del presente Decreto, se considera ‘caso sospechoso’ a la persona que presenta fiebre y uno o más síntomas respiratorios (tos, dolor de garganta o dificultad respiratoria) y que además, en los últimos días, tenga historial de viaje a ‘zonas afectadas’ o haya estado en contacto con casos confirmados o probables de COVID-19. La definición podrá ser actualizada por la autoridad sanitaria, en función de la evolución epidemiológica.*

b) *Quienes posean confirmación médica de haber contraído el COVID-19.*

c) *Los ‘contactos estrechos’ de las personas comprendidas en los apartados a) y b) precedentes en los términos en que lo establece la autoridad de aplicación.*

d) *Quienes arriben al país habiendo transitado por “zonas afectadas”. Estas personas deberán también brindar información sobre su itinerario, declarar su domicilio en el país y someterse a un examen médico lo menos invasivo posible para determinar el potencial riesgo de contagio y las acciones preventivas a adoptar que deberán ser cumplidas, sin excepción. No podrán ingresar ni permanecer en el territorio nacional los extranjeros no residentes en el país que no den cumplimiento a la normativa sobre aislamiento obligatorio y a las medidas sanitarias vigentes, salvo excepciones dispuestas por la autoridad sanitaria o migratoria.*

e) *Quienes hayan arribado al país en los últimos 14 días, habiendo transitado por “zonas afectadas”. No podrán permanecer en el territorio nacional los extranjeros no residentes en el país que no den cumplimiento a la normativa sobre aislamiento obligatorio y a las medidas sanitarias vigentes, salvo excepciones dispuestas por la autoridad sanitaria o migratoria.*

*En caso de verificarse el incumplimiento del aislamiento indicado y demás obligaciones establecidas en el presente artículo, los funcionarios o funcionarias, personal de salud, personal a cargo de establecimientos educativos y autoridades en general que tomen conocimiento de tal circunstancia, deberán radicar denuncia penal para investigar la posible comisión de los delitos previstos en los artículos 205, 239 y concordantes del Código Penal.*

*Con el fin de controlar la trasmisión del COVID-19, la autoridad sanitaria competente, además de realizar las acciones preventivas generales, realizará el seguimiento de la evolución de las personas enfermas y el de las personas que estén o hayan estado en contacto con las mismas.”*

Dos días más tarde, el MTESS emitió la resolución 207/2020, que luego de enunciar, en sus considerandos, la necesidad de “*ampliar los grupos de personas alcanzados por la suspensión del deber de asistencia al lugar de trabajo en función de sus características personales*” y la conveniencia de dictar las medidas necesarias para bajar 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 de asistencia al trabajo “*para aquel personal calificado de ‘esencial’*”, dispuso en su art. 1° la anunciada suspensión del deber de asistir al lugar de trabajo. La medida se extendió por un plazo de 14 días, con goce de haberes, para tres conjuntos de personas, a las cuales, encontrándose en situación laboral activa, se les impuso la reclusión por razones sanitarias: a) las trabajadoras embarazadas, b) los trabajadores incluidos por la autoridad sanitaria en los grupos de riesgo y c) los trabajadores mayores de 60 años con excepción de los que se considerasen “*esenciales para el funcionamiento del establecimiento*” (art. 1°, res. cit.). El inciso a) del primer párrafo de este artículo 1° finaliza señalando que: “*Se considerará ‘personal esencial’ a todos los trabajadores del sector salud*”.

Todas estas medidas –síntetiza Ackerman– fueron luego llevadas a su extremo por el DNU 297/2020, de fecha 19 de marzo de 2020, que ordenó, ya con carácter general para todas las personas que habitan en el país o se encuentran en él en forma temporaria, la medida de “*aislamiento social, preventivo y obligatorio*” desde el 20 hasta el 31 de marzo de 2020<sup>9</sup>, recientemente prorrogada hasta el 26 de abril del mismo año por el DNU 355/2020.

Se exceptuó de esta medida extrema a las personas afectadas a las “*actividades y servicios declarados esenciales en la emergencia*”, enumeradas en el artículo 6° del mismo decreto, cuyos desplazamientos “*deberán limitarse al estricto cumplimiento de esas actividades o servicios*”. La enumeración de este artículo comprende:

“1. *Personal de Salud, Fuerzas de seguridad, Fuerzas Armadas, actividad migratoria, bomberos y control de tráfico aéreo.*

2. *Autoridades superiores de los gobiernos nacional, provinciales y municipales. Trabajadores y trabajadoras del sector público nacional, provincial y municipal, convocados para garantizar actividades esenciales requeridas por las respectivas autoridades.*

3. *Personal de los servicios de justicia de turno, conforme establezcan las autoridades competentes.*

4. *Personal diplomático y consular extranjero acreditado ante el gobierno argentino, en el marco de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas*

---

9 ACKERMAN, Mario E., “El COVID-19 (coronavirus) y la relación de trabajo”, en *Revista de Derecho Laboral Actualidad*, Suplemento digital: *El impacto del coronavirus en las relaciones laborales – Dossier N° 1*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2020, p. 7.

y la Convención de Viena de 1963 sobre Relaciones Consulares y al personal de los organismos internacionales acreditados ante el gobierno argentino, de la Cruz Roja y Cascos Blancos.

5. *Quienes deban asistir a personas con discapacidad; familiares que necesiten asistencia; personas mayores; niños, niñas y adolescentes.*

6. *Quienes deban atender una situación de fuerza mayor.*

7. *Personas afectadas a la realización de servicios funerarios, entierros y cremaciones. No se autorizan actividades que signifiquen reunión de personas.*

8. *Personas afectadas a la atención de comedores escolares, comunitarios, y merenderos.*

9. *Personal que se desempeña en los servicios de comunicación audiovisuales, radiales y gráficos.*

10. *Personal afectado a obra pública.*

11. *Supermercados mayoristas y minoristas, y comercios minoristas de proximidad. Farmacias. Veterinarias. Provisión de garrafas.*

12. *Industrias de alimentación, su cadena productiva e insumos; de higiene personal y limpieza; de equipamiento médico, medicamentos, vacunas y otros insumos sanitarios.*

13. *Actividades vinculadas con la producción, distribución y comercialización agropecuaria y de pesca.*

14. *Actividades de telecomunicaciones, internet fija y móvil y servicios digitales.*

15. *Actividades impostergables vinculadas con el comercio exterior.*

16. *Recolección de basura y residuos. Transporte y tratamiento de residuos peligrosos y patogénicos.*

17. *Mantenimiento de los servicios básicos (agua, electricidad, gas, comunicaciones, etc.) y atención de emergencias.*

18. *Transporte público de pasajeros, transporte de mercaderías, petróleo, combustibles y GLP.*

19. *Reparto a domicilio de alimentos, medicamentos, productos de higiene, de limpieza y otros insumos de necesidad.*

20. *Servicios de lavandería.*

21. *Servicios postales y de distribución de paquetería.*

22. *Servicios esenciales de vigilancia, limpieza y guardia.*

23. *Guardias mínimas que aseguren la operación y mantenimiento de Yacimientos de Petróleo y Gas, plantas de tratamiento y/o refinación de Petróleo y gas,*

*transporte y distribución de energía eléctrica, combustibles líquidos, petróleo y gas, estaciones expendedoras de combustibles y generadores de energía eléctrica.*

*24. Casa de la Moneda, servicios de cajeros automáticos, transporte de caudales y todas aquellas actividades que el BCRA considere imprescindibles para garantizar el funcionamiento del sistema de pagos.”*

El artículo aclara que el Jefe de Gabinete de Ministros, en su carácter de coordinador de la *Unidad de Coordinación General del Plan Integral para la Prevención de Eventos de Salud Pública de Importancia Internacional* y con recomendación de la autoridad sanitaria, podrá ampliar o reducir las excepciones dispuestas, en función de la dinámica de la situación epidemiológica y de la eficacia que se observe en el cumplimiento de la medida.

El listado del art. 6° del DNU 297/2020 fue luego ampliado por la *decisión administrativa* del Jefe de Gabinete de Ministros n° 429/2020, del 20 de marzo del mismo año. El art. 1° de este reglamento incorporó al listado de “*actividades y servicios declarados esenciales en la emergencia*” –por tanto, exceptuadas del cumplimiento del “aislamiento social, preventivo y obligatorio” y de la prohibición de circular– a las “*personas afectadas a las actividades y servicios que se detallan a continuación*”:

1. Industrias que realicen procesos continuos cuya interrupción implique daños estructurales en las líneas de producción y/o maquinarias.

2. Producción y distribución de biocombustibles.

3. Operación de centrales nucleares.

4. Hoteles afectados al servicio de emergencia sanitaria, que también deben garantizar las prestaciones a las personas que se hallaran alojadas en ellos a la fecha del dictado del DNU 297/2020.

5. “*Dotación de personal mínima*” necesaria para la operación de la Fábrica Argentina de Aviones Brigadier San Martín S.A.

6. Personas autorizadas por la Comisión Nacional de Valores que compongan una “*dotación mínima*” del personal de su actividad y de la de sus regulados, en caso de resultar necesario.

7. Operación de aeropuertos y de garajes y estacionamientos, con “*dotaciones mínimas*”.

8. Sosténimiento de actividades vinculadas a la protección ambiental minera.

9. Curtiembres, con “*dotación mínima*”, para la recepción de cuero proveniente de la actividad frigorífica.

10. Restaurantes, locales de comidas preparadas y locales de comidas rápidas, para vender sus productos a través de servicios de reparto domiciliario, con sujeción al protocolo específico establecido por la autoridad sanitaria.

Estos últimos –se aclara–, en ningún caso podrán brindar servicios con atención al público en forma personal; y los desplazamientos de las personas alcanzadas por la norma deberán limitarse al “*estricto cumplimiento de las actividades y servicios considerados esenciales*”.

El art. 2° de la decisión administrativa permite la circulación de los ministros de los diferentes cultos a los efectos de brindar asistencia espiritual, sin perjuicio del deber de los templos de ajustar su funcionamiento a lo establecido en el primer párrafo del art. 5° del DNU 297/2020<sup>10</sup>.

Y, por último, el art. 3° de la disposición de la Jefatura de Gabinete de Ministros aclara que cuando el art. 6°, inciso 12, del DNU 297/2020 menciona a las “*industrias de alimentación*” se refiere a “*las que integran la cadena de valor e insumos de los sectores productivos de alimentación y bebidas, higiene personal y limpieza, equipamiento médico, medicamentos, vacunas y otros insumos sanitarios*”.

El mismo 20 de marzo de 2020 se publicó la resolución 219/2020 del MTESS, que, en lo que interesa a los fines del presente estudio, dispuso, entre otras habilitaciones destinadas a empresas que no deban interrumpir su actividad<sup>11</sup>, la facultad del empleador de reorganizar la jornada de trabajo “*a efectos de garantizar la continuidad de la producción en las actividades declaradas esenciales*” y, en el supuesto de que ello requiera de trabajo en horas suplementarias, el pago de estas con una reducción del 95% de la contribución patronal prevista en el artículo 19 de la Ley 27.541, destinada al Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA).

Mediante el DNU n° 325, del 31 de marzo de 2020, se prorrogó la vigencia del DNU 297/2020 –esto es, la medida de “*aislamiento social preventivo y obligatorio*” dispuesta en el marco de la emergencia sanitaria declarada por el DNU 260/2020– hasta el 12 de abril del mismo año, y el 11 del mismo mes volvió a extenderse dicha situación de excepción hasta el 26/04/2020 mediante el DNU 355/2020.

---

10 “*Artículo 5°. – Durante la vigencia del “aislamiento social, preventivo y obligatorio” no podrán realizarse eventos culturales, recreativos, deportivos, religiosos, ni de ninguna otra índole que impliquen la concurrencia de personas.*”

*Se suspende la apertura de locales, centros comerciales, establecimientos mayoristas y minoristas, y cualquier otro lugar que requiera la presencia de personas.”*

11 Tales como: a) la dispensa del deber de asistencia al trabajo de los trabajadores y trabajadoras alcanzados por el “aislamiento social preventivo y obligatorio”; b) la posibilidad de que las tareas de los trabajadores alcanzados por esta dispensa sean realizadas desde el lugar de aislamiento, acordada con el empleador; c) el derecho a la remuneración habitual cuando se acuerde la realización de tareas en el lugar de aislamiento; d) el derecho a la percepción de la misma remuneración habitual para los trabajadores que no tengan la posibilidad de realizar sus tareas en el lugar de aislamiento, pero con carácter no remunerativo, esto es, con exoneración de aportes y contribuciones al sistema seguridad social salvo los destinados a obras sociales y al Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (PAMI); e) la posibilidad de contratar trabajadores con la modalidad de contrato de trabajo eventual, con una reducción del 95% de la contribución patronal prevista en el artículo 19 de la Ley 27.541, destinada al SIPA; y f) obligación del empleador de extender una certificación a los trabajadores que deban prestar servicios a fin de que puedan circular en la vía pública.

En el DNU 332, emitido el 1º de abril de 2020, aparece otra referencia a “*sujetos que realizan actividades y servicios declarados esenciales en la emergencia sanitaria*” y, por tanto, se encuentran exceptuados del cumplimiento del “aislamiento social, preventivo y obligatorio”. En este caso, el art. 4º del DNU los menciona para excluirlos –junto a todos aquellos que no exterioricen indicios concretos de una disminución representativa de su nivel de actividad– de los beneficios enumerados en el art. 2º<sup>12</sup>, correspondientes al “*Programa de Asistencia de Emergencia al Trabajo y la Producción para empleadores y empleadoras, y trabajadores y trabajadoras afectados por la emergencia sanitaria*” creado por el art. 1º de la propia norma.

Ahora bien, repasados los textos de las disposiciones que contienen referencias a “*actividades y servicios esenciales en la emergencia*” y a personas afectadas a la prestación de ellos, cabe preguntarse sobre las posibles relaciones o distinciones entre tales actividades y las calificadas como *servicios esenciales a los efectos de la huelga* por el art. 24 de la Ley 25.877 y la Ley 27.161.

### **III. Los servicios calificados como esenciales por la ley a los efectos de limitar el ejercicio del derecho de huelga**

Tal como es sabido, en la Argentina, las únicas restricciones de carácter sustancial o de fondo al ejercicio del derecho de huelga –cabe subrayar: garantizado en el segundo párrafo del artículo 14 bis de la Constitución Nacional (CN)– se relacionan con la interrupción de actividades calificadas expresamente por la ley como *servicios esenciales*. Esas limitaciones surgen del art. 24 de la Ley 25.877 y de la Ley 27.161, que acto seguido reproduzco en lo que contribuyen al objeto de este opúsculo.

El art. 24 de la Ley 25.877 enumera como servicios esenciales “*los servicios sanitarios y hospitalarios, la producción y distribución de agua potable, energía eléctrica y gas y el control del tráfico aéreo.*” Esta enumeración –taxativa y en

---

12 Artículo 2º del DNU 332/20: “*El Programa de Asistencia de Emergencia al Trabajo y la Producción consistirá en la obtención de uno o más de los siguientes beneficios: a) Postergación o reducción de hasta el Noventa y cinco por ciento (95%) del pago de las contribuciones patronales al Sistema Integrado Previsional Argentino. b) Asignación Compensatoria al Salario: Asignación abonada por el Estado para todos los trabajadores y las trabajadoras en relación de dependencia del sector privado, comprendidos en el régimen de negociación colectiva en los términos de la Ley N° 14.250 (texto ordenado 2004) y sus modificaciones, para empresas de hasta cien (100) trabajadoras y trabajadores. c) REPRO Asistencia por la Emergencia Sanitaria: Suma no contributiva respecto al Sistema Integrado Previsional Argentino abonada por el Estado para las y los trabajadores en relación de dependencia del sector privado, comprendidos y comprendidas en el régimen de negociación colectiva en los términos de la Ley N° 14.250 (texto ordenado 2004) y sus modificaciones en empleadores y empleadoras que superen los cien (100) trabajadores y trabajadoras. d) Sistema integral de prestaciones por desempleo: las y los trabajadores que reúnan los requisitos previstos en las Leyes 24.013 y 25.371 accederán a una prestación económica por desempleo conforme las consideraciones estipuladas en el artículo 11 del presente decreto.*”

principio cerrada— es susceptible de ser ampliada, con carácter de excepción y para casos concretos, previa apertura del procedimiento de conciliación obligatoria previsto en la Ley 14.786, por la Comisión de Garantías creada por Decreto 272/2006.

La ampliación excepcional y puntual del listado de servicios esenciales puede tener lugar en dos supuestos especialmente previstos en el tercer párrafo del dispositivo legal:

*“a) Cuando por la duración y extensión territorial de la interrupción de la actividad, la ejecución de la medida pudiere poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población;*

*b) Cuando se tratare de un servicio público de importancia trascendental, conforme los criterios de los organismos de control de la Organización Internacional del Trabajo.”*

Las excepciones legales remiten a los conceptos de los denominados servicios esenciales por extensión por la doctrina técnica jurídica de la OIT, que comprende a las actividades que, sin ser consideradas como esenciales en sentido estricto, pueden dar lugar a la exigencia de servicios mínimos. A este respecto, en función de los criterios del Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, hay que distinguir dos supuestos: a) cuando las actividades en las que la ejecución de la medida, en función de dos condiciones objetivas —duración y extensión territorial—, pueda hacer peligrar la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población; y b) cuando se trate de un servicio público de importancia trascendental. Ejemplos rotundos de actividades que pueden convertirse, primero, en un servicio esencial por extensión (inciso a) es la recolección de residuos<sup>13</sup>, y en segundo lugar, en un servicio público de importancia trascendental (inciso b), es el “transporte terrestre de personas y mercancías”<sup>14</sup>.

A todo lo precedente hay que agregar a la enumeración legal de *servicios esenciales* a las actividades en que se desagrega el concepto de “*servicio público de navegación aérea*”, regulado por la Ley 27.161, que enumera el art. 2º de este régimen: “*a. La Gestión del Tránsito Aéreo (ATM), incluyendo los Servicios de Tránsito Aéreo (ATS). b. La Gestión de Afluencia del Tránsito Aéreo (ATFM) y la Gestión del Espacio Aéreo (ASM). c. Los Servicios de Información Aeronáutica (AIS). d. El Servicio de Comunicaciones Aeronáuticas (COM). e. El Sistema de Comunicaciones, Navegación y Vigilancia (CNS). f. El Servicio de Búsqueda y Salvamento (SAR). g. El Servicio Meteorológico para la Navegación Aérea (MET)*”.

A todo lo plasmado a texto expreso en la leyes nacionales hay que adicionar los “*criterios*” y “*principios*” de los órganos de control de normas de la OIT, conforme al reenvío expreso del inciso b) del tercer párrafo del art. 24 de la Ley 25.877, precedentemente transcrito, y el que se reitera en párrafo final de la misma norma,

13 OIT, Comité de Libertad Sindical, 309º Informe, caso n° 1916.

14 OIT, Comité de Libertad Sindical, 292º Informe, caso n° 1679.

que pasan así a integrar el complejo bloque normativo interno que regula el derecho de huelga.

La doctrina técnica de los órganos de contralor normativo de la OIT ingresa al derecho interno argentino por una doble vía: por medio del art. 75.22 CN, cuando entroniza los tratados internacionales “*en las condiciones de su vigencia*”, y por el ya referido doble reenvío expreso contenido en el art. 24 de la Ley 25.877.

#### **IV. Trabajadores y servicios declarados esenciales durante la emergencia y servicios esenciales a los efectos de limitar el derecho de huelga**

Luego de excusarme ante el lector por la fatigante lectura de los apartados precedentes, vuelvo sobre la principal particularidad de la normativa laboral emitida en el marco de la emergencia sanitaria, que ha motivado el presente trabajo. No obstante haber insistido al comienzo de este estudio, como en otros lugares<sup>15</sup>, en que el sentido específico y propio del concepto de *servicios esenciales* utilizado en la disciplina jurídica laboral y su normativa no es otro que el de restringir el ejercicio del derecho de huelga –en otras palabras, limitar el alcance de la garantía constitucional a este derecho–, nos encontramos ante una serie de normas recientemente dictadas que recurren reiteradamente al concepto de “*servicio esencial*” o de “*actividad esencial*” y al de “*personal afectado a servicios esenciales*”, las cuales, a pesar de que poseen carácter específico laboral, sin embargo, su utilización no está destinada a limitar el derecho de huelga sino a establecer una excepción a la “*dispensa de trabajar*” ordenada por la autoridad pública como complemento del “*aislamiento social preventivo y obligatorio*” impuesto como medida destinada a conjurar la epidemia de COVID-19.

Pero esta innovadora aparición normativa sorprende más aún en cuanto –más allá de la *ratio legis* diferente de sendos plexos normativos, de emergencia y de la huelga en los servicios esenciales– las consecuencias prácticas de uno y otro conjunto de disposiciones es confluyente: ambos determinan la asistencia al trabajo y la prestación de tareas de ciertos trabajadores, que no pueden excusarse, en un caso, en la *dispensa de trabajar* impuesta por el gobierno nacional en la emergencia sanitaria, y en el otro, en la convocatoria de huelga por la organización sindical que los represente.

¿Qué puede extraerse de esta constatación? El Poder Ejecutivo, y otros órganos de la administración pública por delegación de la primera magistratura, ¿pueden limitar válidamente el ejercicio del derecho de huelga en situaciones de emergencia? Y, en su caso, aun sin haber sido ese el objeto que dio origen a la expedición

---

15 Por todos, véase GARCÍA, Héctor O., “La huelga en los servicios esenciales”, en RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge (director), *Derecho del Trabajo*, Astrea, Buenos Aires, 2010, t. 3, pp. 290/387; e *idem*, “La huelga en los servicios esenciales”, en ACKERMAN, Mario E. (director) y TOSCA, Diego M. (coordinador), *Tratado de Derecho del Trabajo*, T. VIII – *Relaciones Colectivas de Trabajo II*, segunda edición, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2020 (en proceso de edición).

de los reglamentos destinados a hacer frente a la pandemia, ¿qué efecto tiene sobre el potencial ejercicio del derecho de huelga la declaración de ciertos servicios o categorías laborales personales como *esenciales* por parte de esas normas?

Antes de buscar las respuestas a esas preguntas, efectuaré un reagrupamiento de las actividades y prestaciones personales “esenciales” a las que se refieren el DNU 297/2020 y la decisión administrativa 429/2020 de la Jefatura de Gabinete de Ministros, en conjuntos confeccionados de acuerdo con los servicios que las Leyes 25.877 y 27.161 califican como esenciales, y aquellos que, según la doctrina del Comité de Libertad Sindical, son *servicios esenciales en sentido estricto*, y otros, que sin merecer esa categorización son susceptibles de la exigencia o imposición de *servicios mínimos* y podrían ser incluidos –por la Comisión de Garantías– en la calificación legal como excepciones previstas en los incisos a) y b) del tercer párrafo del art. 24 de la Ley 25.877. Luego de ello, una breve distinción entre servicios y trabajadores “esenciales”.

#### **a) Trabajadores afectados a la prestación de servicios esenciales que encuadran en las previsiones de las Leyes 25.877 y 27.161**

- Personal de salud y de control de tráfico aéreo.
- Asistencia a personas con discapacidad.
- Provisión de garrafas (“*producción y distribución de... gas*”).
- Mantenimiento de los servicios básicos de agua, electricidad y gas.
- Atención de emergencias.
- Guardias mínimas que aseguren la operación y mantenimiento de yacimientos de gas, plantas de tratamiento o refinación de gas, transporte y distribución de energía eléctrica y gas y generadores de energía eléctrica.
- Hoteles afectados al servicio de emergencia sanitaria.

#### **b) Trabajadores afectados a actividades consideradas servicios esenciales en sentido estricto por los órganos de control de la OIT**

- Fuerzas armadas y de seguridad.
- Bomberos.
- Autoridades superiores de gobierno nacional, provinciales y municipales<sup>16</sup>.

---

16 Si bien la labor de los funcionarios que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado no constituye un servicio esencial en el sentido estricto del término para la doctrina de los órganos de control de normas de la OIT, según esta misma doctrina internacional dichos funcionarios públicos pueden ser privados del ejercicio del derecho de huelga. Vid. OIT, *La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, quinta edición [revisada], Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2006, p. 124, párr. 574 y 576, entre otros.

- Personal de la Cruz Roja y Cascos Blancos.
- Personas afectadas a la atención de comedores escolares.
- Mantenimiento del servicio básico de comunicaciones.

***c) Trabajadores afectados a “servicios esenciales por extensión” o a “servicios públicos de importancia trascendental” o a actividades que pueden dar lugar a la exigencia de servicios mínimos***

- Algunos de los servicios declarados esenciales por las normas de emergencia no poseen tal carácter para la doctrina del Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Expertos de la OIT, a la que remite el art. 24 de la Ley 25.877, no obstante lo cual, dada su relevancia o utilidad pública se les podría exigir a los huelguistas el cumplimiento de *servicios mínimos* de actividad o funcionamiento<sup>17</sup>.
- Servicios esenciales de vigilancia y limpieza.
- Servicios funerarios, entierros y cremaciones.
- Atención de comedores comunitarios y merenderos.
- Personal afectado a obra pública (en determinados contextos de emergencia).
- Supermercados mayoristas y minoristas, y comercios minoristas de proximidad (en determinados contextos de emergencia).
- Farmacias.
- Veterinarias.
- Servicios de comunicación audiovisual, radial y gráfica.
- Actividades vinculadas con la producción, distribución y comercialización agropecuaria y de pesca.
- Recolección de basura y residuos.
- Transporte y tratamiento de residuos peligrosos y patogénicos.
- Servicios postales y de distribución de paquetería.
- Servicios de vigilancia, limpieza y guardia.
- Personal de los servicios de justicia de turno.
- Actividades de telecomunicaciones, internet fija y móvil y servicios digitales.
- Actividades impostergables vinculadas con el comercio exterior.
- Instituto monetario o Casa de moneda.
- Servicios de bancos, cajeros automáticos y transporte de caudales.

---

17 OIT, *La libertad sindical...*, cit., pp. 133/135, párr. 615/626.

- Transporte público de pasajeros, transporte de mercaderías, petróleo, combustibles y gas licuado de petróleo (GLP).
- Yacimientos y plantas de tratamiento o refinación de petróleo.
- Operación de aeropuertos, garajes y estacionamientos, con “dotaciones mínimas”.
- Actividades vinculadas a la protección ambiental en la minería.

## V. “Trabajadores” declarados “esenciales” en “dotaciones mínimas”

Cabría hacer todavía un reagrupamiento adicional dentro del contenido normativo de los reglamentos de emergencia, que separara a los *servicios* o *actividades* que aquellos adjetivan como “esenciales”, de las *personas* a las cuales esas normas administrativas aplican el mismo adjetivo.

En el caso de las personas (*trabajadores*), la declaración de estos como esenciales está vinculada a la prestación de algunas actividades calificadas del mismo modo por el poder administrador del Estado, que considera necesario que esas actividades no se paralicen durante el transcurso de la emergencia sanitaria; razón por la cual exime del aislamiento forzado a los trabajadores que se desempeñan en ellas. En algunos casos, las normas de excepción comprenden, de manera genérica e indistinta, a todo el personal afectado a la prestación de tareas en las actividades esenciales enumeradas por aquellas, y en otros, incluye implícitamente en la enumeración, a las personas que trabajan como partícipes de grupos a los que menciona como “*guardias mínimas*” –terminología que ya he criticado cuando se aplica a los servicios mínimos entendidos como recortes al ejercicio de la huelga en los servicios esenciales– o “*dotaciones mínimas*”.

Es decir, que los reglamentos de emergencia han confeccionado listados misceláneos que aglomeran “actividades” con “sujetos”, adjetivados todos como “esenciales”. Si se tratara de disposiciones destinadas a restringir el ejercicio del derecho de huelga, no permitirían disimular un defecto en la técnica de elaboración normativa, que entrañaría una confusión entre los servicios *esenciales* y los servicios *mínimos*, es decir, entre el efecto y la causa de la restricción. Esta aparente confusión de las normas de emergencia sanitaria me trae a colación el ordenamiento laboral chileno. La Ley 20.940, que reformó en 2016 el Código del Trabajo de la República de Chile, ha merecido la acerada crítica de José Luis Ugarte, en la medida de que, al regular el ejercicio de la huelga “confunde una categoría propia de los límites externos al derecho de huelga (*servicios esenciales*) con la técnica que el Derecho utiliza para dar cauce a esos límites (*servicios mínimos*)”, presentando así a las dos versiones de límites al derecho en cuestión “como autónomas entre sí”<sup>18</sup>.

---

18 UGARTE CATALDO, José Luis, *Huelga y derecho*, Thomson Reuters, Santiago, 2016, pp. 195/196.

De regreso a las normas dictadas en Argentina en el contexto de la emergencia sanitaria, es a mi juicio evidente que la intención del Poder Ejecutivo, devenido legislador en el marco de las circunstancias excepcionales señaladas, no ha sido la de re-reglamentar el derecho de huelga ni de ampliar las restricciones a su ejercicio, ni siquiera para la transitoriedad de la emergencia. El propósito ha sido el de habilitar algunas excepciones –que malgrado el gobierno considera imprescindibles– a la regla de aislamiento forzoso que impuso a la población para evitar o reducir a la máxima expresión posible el contagio de la COVID-19, única medida que hasta el momento ha demostrado cierta eficacia contra la propagación de esta devastadora enfermedad. En palabras más simples, el objetivo gubernamental al calificar a trabajadores y servicios como esenciales no es el de la concurrencia al trabajo para neutralizar o atenuar la paralización de algunas actividades ante hipotéticas huelgas sino, en distinto sentido, que algunos trabajadores cuenten con autorización para concurrir a su trabajo mientras la generalidad del personal de las empresas está inhibido de ello porque debe permanecer en sus casas cumpliendo la cuarentena para evitar la transmisión del coronavirus.

La finalidad de los decretos y resoluciones de emergencia sanitaria no es otra que la de evitar o limitar al extremo la circulación de personas y, asimismo, su concentración, para lo cual los ámbitos de trabajo son inexorablemente propicios. No en vano el DNU 297/2020, en su art. 6º, inciso 7 –visto en el apartado II de este trabajo–, bloquea una de las libertades civiles básicas de la democracia como es el derecho de reunión, garantizado por el art. 21 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el art. 15 de la Convención Americana de Derechos Humanos, entre otras normas que en la Argentina poseen jerarquía constitucional.

A través de esa lente deben leerse las menciones a las “dotaciones mínimas” que utilizan los preceptos de emergencia, los cuales –viene al caso subrayarlo– no remiten a la conformación de los equipos de trabajo imprescindibles para atender servicios esenciales, de manera dosificada durante un conflicto, a los fines de no herir gravemente la eficacia de la huelga. Se trata de reducir en grado sumo las posibilidades de ruptura de la medida de “aislamiento social preventivo y obligatorio” impuesta como herramienta defensiva excluyente contra la pandemia, en la medida de que es inevitable sostener determinadas actividades que hacen a las necesidades más elementales de la población. Para atender esas necesidades las normas administrativas han seleccionado a determinados trabajadores y actividades declarándolos esenciales “*en la emergencia*” (art. 1º dec. adm. 429/2020-JGM). Es decir, no más allá de la situación crítica, esencialmente transitoria, aunque su erradicación o al menos su puesta bajo control requieran una esperable extensión temporal.

## **VI. Emergencia sanitaria y “*crisis nacional aguda*”**

Es momento de ensayar una respuesta a los interrogantes planteados en el penúltimo párrafo del apartado IV de este trabajo. La llave argumental para encontrarla

no puede surgir de la exégesis de las normas que componen los distintos regímenes –el de la emergencia sanitaria y el de la huelga en los servicios esenciales– ni de la ponderación de los derechos concernidos –es claro que tanto en uno como en otro régimen la vida y la salud de la población prevalecen sobre la huelga–, sino de los respectivos contextos en los cuales las normas fueron dictadas.

Como se ha señalado a lo largo del presente trabajo, la reciente sucesión de reglamentos administrativos está imbuida del contexto de epidemia de COVID-19 que dio lugar a la declaración de emergencia sanitaria. Entre ellas, los dispositivos de carácter laboral son accesorios de los sanitarios en sentido estricto, y coadyuvantes al fin excluyente de atender la circunstancia extraordinaria que pone en peligro la vida y la salud de la población. En tal contexto, la respuesta a la primera pregunta no puede sino ser afirmativa: las circunstancias de excepción que habilitan al Poder Ejecutivo a emitir disposiciones de carácter legislativo, como son los DNU, están dadas en los términos que autoriza la Constitución (art. 99.3)<sup>19</sup>. Asimismo, la garantía constitucional a los derechos de usuarios y consumidores a la “*protección de su salud (y su) seguridad*” y a “*la calidad y eficiencia de los servicios públicos*” prevista en el art. 42 CN, obviamente, se mantiene, aunque adaptándose a las circunstancias especiales.

Con respecto al segundo interrogante –relativo a los posibles efectos sobre el ejercicio del derecho de huelga que tendría la mención de servicios o trabajadores como *esenciales* por parte de las normas de emergencia–, la respuesta es, en principio, “ninguno”. Solo “en principio”, porque esos preceptos están claramente enfocados –conforme aquí se ha dicho y reiterado– a salvaguardar la vida y la salud de la población durante la epidemia. No se interesan por la huelga sino, al contrario, obligan a los trabajadores en general, y al resto de la población, a no asistir a los lugares de trabajo y mantenerse en su lugar de residencia. Salvo en los casos de servicios y personas declaradas “esenciales” a los fines del particular contexto.

Pero en la hipótesis, improbable, de que una huelga fuera ejercida por algunos de estos trabajadores “esenciales *ad hoc* en la emergencia”, el contexto también cumpliría un papel determinante de la prohibición de la suspensión de tareas en tales circunstancias.

La doctrina de los órganos técnico-jurídicos de la OIT –que como se ha señalado más arriba, integra el régimen argentino que regula el derecho de huelga– otorga a determinados contextos excepcionales, en atención a su gravedad, la capacidad

19 “Artículo 99. – El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones: [...]”

3. El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo.

*Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o de régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros. [...]*”

de justificar severas limitaciones al derecho de huelga que incluyen su limitación absoluta.

El Comité de Libertad Sindical admite la prohibición general de la huelga en “*situaciones de crisis nacional aguda*”, concepto que se refiere claramente a situaciones excepcionales como, por ejemplo, una catástrofe natural o un golpe institucional contra un gobierno constitucional que ha dado lugar a la declaración de estado de emergencia<sup>20</sup>. En el supuesto, bien puede haber una epidemia, más aún cuando la enfermedad se expande velozmente y genera consecuencias mortales en la población.

Por su parte, la Comisión de Expertos también se ha pronunciado sobre la admisibilidad de la prohibición del recurso a la huelga en casos de *crisis nacional aguda*, siempre que dicha restricción se dé por un período limitado (la fase *aguda* de la crisis) y solo en la medida de lo necesario para hacer frente a la situación, cuando esta configure “*una auténtica situación de crisis, como la que se produce en casos de conflictos graves, de insurrección o incluso de catástrofe natural, en los que dejan de concurrir las condiciones normales de funcionamiento de la sociedad civil*”<sup>21</sup>.

Nos encontramos, entontes que, en semejante contexto, la huelga podría ser restringida por doble vía. Desde las normas de emergencia sanitaria, en contextos como el actual, el Estado puede disponer lo conducente a evitar la paralización de actividades o servicios relacionados con la preservación de la vida y la salud humanas en toda o parte de la población. Desde el régimen que regula los servicios esenciales la (art. 24 de la Ley 25.877, con sus normas reglamentarias y la doctrina técnica de la OIT, más la Ley 27.161), la “catástrofe natural” generada por el coronavirus no admitiría discusión en cuanto a la aplicación del referido criterio proveniente de los órganos de contralor de la libertad sindical que permite hasta la prohibición transitoria del recurso a la huelga.

---

20 GERNIGON, ODERO y GUIDO, “Principios de la OIT sobre el derecho de huelga”, en *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 117 (1998), núm. 4, p. 486.

21 *Ibidem*.

# HUELGA Y PANDEMIA: SU CONVIVENCIA

por Horacio MEGUIRA<sup>1</sup> y Carlos Felipe SCHWARTZ<sup>2</sup>

RCD 1729/2020

*La crisis económica, aquella “compañera de viaje del Derecho del Trabajo”<sup>3</sup>, se presenta esta vez con una intensidad tan inédita como abarcativa de todos los planos de la realidad social, excediendo las crisis cíclicas inherentes al sistema capitalista y al permanente conflicto entre capital y trabajo; lo que amerita una mirada distinta desde el derecho social en su carácter protectorio y como mecanismo de contención. La problemática mundial desatada por la pandemia produjo un fuerte impacto en las relaciones de producción y por lo tanto, en el funcionamiento de nuestro sistema normativo laboral que va procurando adaptarse a los acontecimientos. En la dinámica de las relaciones de trabajo se observa una relación de fuerza y poder<sup>4</sup>, dentro del marco de la vinculación desigual inherente al antagonismo entre capital y trabajo. De la capacidad grupal de conflicto de los trabajadores, en palabras de Kahn Freund<sup>5</sup> de su poder colectivo o social, dependerá su posibilidad de equilibrar en las negociaciones la desigualdad social. Cabe entonces interrogar si la situación de crisis desactiva la protección normativa para ejercer el poder de conflicto de las colectividades laborales, dentro de las actividades y servicios considerados esenciales en la pandemia. En otras palabras, si la huelga en dichos ámbitos es pasible de limitaciones o restricciones en su ejercicio.*

**I.- Sobre la emergencia y la vigencia de los derechos humanos:** El término «desastre» designa una disrupción grave del funcionamiento de una comunidad o sociedad en cualquier escala debida a fenómenos peligrosos que interaccionan con las condiciones de exposición, vulnerabilidad y capacidad, ocasionando uno o más de los siguientes: pérdidas e impactos humanos, materiales, económicos y ambientales.<sup>6</sup>

---

1 Director del departamento jurídico de la CTAA. Profesor de grado y posgrado UBA, UCA, Universidad de Palermo.

2 Abogado de CTAA Chaco y de la Federación de Sindicatos de Trabajadores de la Educación del Chaco -Fed.S.I.T.E.CH.-

3 Palomeque López, Manuel Carlos, “UN COMPAÑERO DE VIAJE HISTORICO DEL DERECHO DEL TRABAJO: LA CRISIS ECONOMICA.” Revista de Política Social. Núm. 143. Julio-Septiembre 1987.

4 “Las manifestaciones de la Autonomía Colectiva son expresión de una compleja trama de valoraciones cuya dinámica se basa en una subyacente realidad de “fuerza” y de “poder”. Esta realidad y sus implicaciones, que tienen especial relevancia para el conocimiento integral de los fenómenos de las relaciones sindicales, se escapan inevitablemente a aquél que se coloque frente a los mismos en una perspectiva rígidamente estatalista y formalista”.(Giugni, Gino, “Derecho Sindical”, Traducción de José Vidal Soria y Jaime Montalvo Correa, Primera edición en español, abril 1983, Servicio de Publicaciones, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, página 26).

5 Kahn – Freund, Otto, Trabajo y Derecho, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1987, Introducción de José M. Galiana, página 52.

6 OIT: Recomendación sobre el empleo y el trabajo decente para la paz y la resiliencia, 2017 (núm. 205), artículo 2, a).

Los desastres pueden tener causas biológicas (como epidemias), hidrometeorológicas (como incendios forestales, inundaciones, desprendimientos de tierras, aludes, sequías, tsunamis, huracanes, tifones, ciclones y tornados), geológicas (como terremotos y erupciones volcánicas) y humanas (como accidentes industriales, conflictos o ataques terroristas).

Las normas internacionales del trabajo contienen orientaciones específicas para velar por que haya trabajo decente en el contexto de la respuesta a la crisis, lo que incluye orientaciones que guardan relación con el brote actual de COVID-19.

Una de las normas internacionales más recientes, la Recomendación sobre el empleo y el trabajo decente para la paz y la resiliencia, 2017 (núm. 205), que fue adoptada por abrumadora mayoría por todos los mandantes, pone de relieve que para responder a las crisis es necesario asegurar el respeto de todos los derechos humanos y el imperio de la ley, incluido el respeto de los principios y derechos fundamentales en el trabajo y de sus normas internacionales.<sup>7</sup>

En particular, la Recomendación subraya el papel clave de la consulta y el fomento de la participación activa de las organizaciones de empleadores y de trabajadores en la planificación, la puesta en práctica y el seguimiento de las medidas de recuperación y resiliencia. Asimismo, hace un llamado a los Estados Miembros para que reconozcan la función esencial que incumbe a las organizaciones de empleadores y de trabajadores en las respuestas a las crisis, teniendo en cuenta el Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación (87) y el Convenio sobre derecho de sindicación y negociación colectiva (98).

**II.- Límites externos del derecho de huelga:** Su consideración como un derecho y su inserción en un sistema normativo implica la posibilidad de ser pasible de ciertas limitaciones, en función del interés general que pudiera verse afectado en su ejercicio.

Esto se vincula con la huelga en los servicios esenciales, y en la particular situación de emergencia con las actividades y servicios exceptuados del aislamiento social, preventivo y obligatorio.

**II.-1.- Huelga en los servicios esenciales:** La huelga en los servicios esenciales es sin dudas un tema espinoso en el Derecho Colectivo del Trabajo. En el mismo convergen la defensa de un derecho humano fundamental y su posible colisión con intereses generales ajenos al conflicto.

Por lo tanto, se ha señalado que *“el único límite verdaderamente plausible al ejercicio del derecho de huelga es el del mantenimiento de los servicios esenciales.”*<sup>8</sup>

---

7 . Preámbulo y párrafos 7, b), y 43 de la Recomendación sobre el empleo y el trabajo decente para la paz y la resiliencia, 2017 (núm. 205). Las normas de la OIT y el COVID-19 (coronavirus). Preguntas frecuentes Disposiciones fundamentales de las normas internacionales del trabajo pertinentes en el contexto del brote de COVID-19

8 Ermida Uriarte, Oscar, “La flexibilización de la huelga”, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1ª edición, septiembre de 1999, página 54.

Siendo su fuente de reglamentación de origen legal, las actividades consideradas servicios esenciales son enumeradas en nuestro derecho interno en el segundo párrafo de artículo 24, Ley 25.877: “*los servicios sanitarios y hospitalarios, la producción y distribución de agua potable, energía eléctrica y gas y el control del tráfico aéreo.*”

Tribuzio describe al listado como “catálogo cerrado”<sup>9</sup>, ya que por fuera de él no existen actividades consideradas servicios esenciales en sentido estricto. Sólo es posible excepcionalmente exigir la prestación de servicios mínimos de funcionamiento, en circunstancias concretas y ante conflictos específicos, sobre la base del artículo 24, tercer párrafo, incisos a) y b), Ley 25.877.

En el segundo supuesto se recepta un concepto proveniente de la doctrina del Comité de Libertad Sindical de la OIT<sup>10</sup>, referente a “*aquellas situaciones en que no se justifica una limitación importante al derecho de huelga y en que, sin poner en tela de juicio el derecho de huelga de la gran mayoría de los trabajadores, podría tratarse de asegurar la satisfacción de las necesidades básicas de los usuarios o el funcionamiento continuo y en condiciones de seguridad de las instalaciones*”<sup>11</sup>.

De tal manera, se sienta el principio básico de que la huelga cede sólo ante derechos de especial jerarquía, taxativamente determinados en la regulación legal, disponiendo que las restricciones por extensión deben ser realizadas por órganos independientes e imparciales, vedando la intervención directa del poder público.

**II.- 2.- Actividades y servicios esenciales en la emergencia:** A la complejidad del instituto se ha sumado la declaración pública de esencialidad de ciertas actividades y servicios –DNU 297/2020, artículo 6, y Decisión Administrativa 429/2020 del Jefe de Gabinete, artículos 1 y 3-, cuyos trabajadores se encuentran exceptuados del cumplimiento del aislamiento social, preventivo y obligatorio específicamente para la prestación de sus tareas.

De allí emerge la controversia sobre la posibilidad de considerarlos esenciales a los fines de limitar el ejercicio del derecho de huelga.

En general y pese a que, como se ha señalado, la noción de servicios esenciales no importa un concepto ontológico sino valorativo,<sup>12</sup> existe un consenso general en

---

9 TRIBUZIO, José, “Nueva reglamentación del derecho de huelga en los servicios esenciales”, DT 2006-A, 711, página 70.

10 GERNIGON, Bernard, ODERO, Alberto y GUIDO, Horacio; “Principios de la OIT sobre el derecho de huelga”, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, Año 2000, página 23.

11 OIT, “*Libertad sindical y negociación colectiva. Estudio general de las memorias sobre el Convenio (núm. 87) sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948, y el Convenio (núm. 98) el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949*”, Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Informe III (Parte 4B) a la 81ª CIT (1994), Ginebra, pp. 76/7, párr. 161/2.

12 Valdes Dal Re, Fernando, Servicios esenciales y servicios mínimos en la función pública, en RL, 1986 II, pp. 128/9.

cuanto a que el ejercicio del derecho de huelga encuentra un límite en cuanto ponga en peligro la vida, la seguridad o la salud de todo o parte de la población.<sup>13</sup>

Como se ha señalado, sobre dicho criterio básico pivotea la doctrina de los órganos de control y nuestra legislación interna en el artículo 24 de la Ley 25.877.

“El significado del concepto servicios esenciales utilizado como límite al ejercicio del derecho de huelga es mucho más preciso y estricto que el que se le otorga tanto en otras disciplinas jurídicas y normas ajenas al ordenamiento laboral como en el uso corriente de la política pública, los cuales no podrían ser utilizados en oposición al ejercicio del derecho de huelga con menoscabo de su garantía.”<sup>14</sup>

Se ha resaltado la falacia argumental de una colisión inexorable entre el derecho de huelga y el interés general<sup>15</sup>.

De tal manera, en la contingencia actual debe ponderarse la posible afectación del interés superior que la regulación pública pretende proteger, que es el derecho a la salud, en caso de acudir a la acción colectiva que implique una abstención y/o alteración del ciclo productivo.<sup>16</sup>

Señala Baylos<sup>17</sup> que “*No hay servicios ni actividades que sean esenciales por sí y de manera “sustancial” o “permanente” a efectos de huelga, sino que éstos se modulan y se definen en función de las circunstancias concretas en las que se despliega la convocatoria de huelga, circunstancias que son determinantes del juicio de ponderación de la medida de imposición de un servicio mínimo*”, aclarando luego que se encuentra preservada la titularidad y ejercicio del derecho de huelga en la emergencia.

**II.- 3.- La crisis nacional aguda en las observaciones de los órganos de control de la OIT:** El tercer tipo de restricciones al derecho de huelga se refiere a las situaciones de crisis aguda a nivel nacional o local. **Dado que las prohibiciones generales de huelga impuestas por la declaración de estado de urgencia o de excepción obstaculizan de forma considerable uno de los medios esenciales de que disponen los trabajadores y sus organizaciones para fomentar y defender sus intereses, la Comisión considera que tales prohibiciones sólo pueden justificarse en una situación de crisis aguda e, incluso en ese caso, por un período**

13 OIT, “La libertad Sindical” Recopilación del Comité de Libertad Sindical, Cuarta Edición Revisada, 1996, párrafo 526.

14 García, Héctor Omar, en Tratado de Derecho del Trabajo, Tomo VIII, Relaciones Colectivas de Trabajo – II, Mario. E Akerman, Director, página 805.)

15 Triburzio, José E., La Huelga en los Servicios Esenciales, página 18: “Tal como ha quedado expuesto *supra*, el derecho de huelga integra el elenco de derechos fundamentales, por consiguiente, expresa también el interés general a través de la reivindicación que contiene el interés social, dinámico y colectivo que lo anima.”

16 Ermida Uriarte, Oscar, Ob. Cit., páginas 47/48.

17 Baylos Antonio, Baylos, Antonio, ¿Se puede convocar una huelga durante el estado de alarma? <https://www.nuevatribuna.es/articulo/actualidad/trabajo-laboral-coronavirus-huelga-estado-de-alarma/20200326165602172689.htm>. (Consultado el 30/04/20).

**de tiempo limitado, y sólo en la medida de lo necesario para hacer frente a la situación. Esto significa que debe existir una auténtica situación de crisis, como la que se produce en casos de conflictos graves, de insurrección, o de catástrofe natural, sanitaria o humanitaria, en los que dejan de concurrir las condiciones normales de funcionamiento de la sociedad.**<sup>18</sup>

De este modo, cuando la Comisión alude a “lo necesario para hacer frente a esta situación”, requiere una comprobación de la efectiva vinculación entre la huelga y la afectación del interés general por la alteración o suspensión del servicio en cuestión.

Asimismo, la prohibición de ninguna manera puede ser entendida como derogación del principio del Comité de Libertad Sindical, para quien el tratamiento del ejercicio del derecho de huelga debe ser efectuado por órganos independientes.

*La responsabilidad de suspender una huelga por motivos de seguridad nacional o de salud pública no debería corresponder al Gobierno, sino más bien a un órgano independiente que goce de la confianza de todas las partes interesadas*<sup>19</sup>

No se trata de anular o restringir el ejercicio de derechos fundamentales, sino de realizar ponderaciones razonables para su convivencia pacífica. Recientemente el Procurador Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ante la posibilidad de confrontación de un derecho constitucional con el de huelga, sostuvo que deben ser conciliados con el fin de que subsistan en armónica coherencia (Fallos: 272.231, “Santoro”; 308/789, “Campillay”, considerando 5<sup>a</sup>, 339:323, “Boggiano”, considerando 4<sup>a</sup>, entre muchos otros.)<sup>20</sup>

Los derechos fundamentales de las personas expresan la dimensión sustancial de la democracia y no vienen irradiados desde el Estado, sino que se imponen como condición de su existencia, operando como límites al poder público.<sup>21</sup>

Un derecho fundamental como la huelga debe tener -como sucede con el derecho a la circulación en la emergencia- una norma específica que lo limite. Hay otros derechos fundamentales que permanecen en pleno ejercicio durante la pandemia, como el derecho de prensa o el derecho de propiedad, que no pueden ser restringidos sin una normativa de emergencia expresa que lo cimiente.

---

18 OIT. Conferencia Internacional del Trabajo, 101 Reunión, 2012. Dar un rostro humano a la globalización. Informe III), Parte 1B), párrafo 140.

19 Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical. Sexta edición, 2018, Párrafo 825.

20 Procurador Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Dr. Víctor Abramovich. Fecha: 24/05/17. Autos: “Federación de Sindicatos de Trabajadores de la Educación del Chaco C/ Ministerio de Educación, Cultura, Ciencia y Tecnología de la Provincia del Chaco S/ Acción de Amparo”, Expte. N° 2854/2015

21 Ferrajoli, Luigi, Derechos y Garantías, La ley del más débil, Ediciones Trotta, Madrid, página 54.

Los derechos fundamentales se subordinan al derecho a la salud, que es el objetivo primordial receptado en el artículo 1 del DNU del Poder Ejecutivo Nacional 297/2020. Pero esta subordinación no es automática sino que debe existir la privación específica en la norma de emergencia, tal como se establece, por ejemplo, con el derecho a la circulación en los considerandos del mentado decreto: “En efecto, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) recoge en su Artículo 12 Inc. 1 el derecho a “...circular libremente...”, y el artículo 12.3 establece que el ejercicio de los derechos por él consagrados “no podrá ser objeto de restricciones a no ser que éstas se encuentren previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto ...”

**III.- Conclusiones:** No es trasladable “per se” la calificación administrativa de actividades y servicios esenciales en la emergencia, con el concepto jurídico laboral de servicios esenciales que admiten limitación en el derecho de huelga.

Deben contemplarse las limitaciones y/o restricciones en actividades que pongan en peligro la vida o la salud de todo o parte de la población.

Es que el recurso a la huelga puede tener justamente como objetivo la preservación de los mentados derechos humanos que el Estado pretende garantizar en la emergencia, como sería el caso de una empresa de servicios esenciales que no provea de material apto para el trabajo en la pandemia.

La mediación estatal no debe ingresar dentro de los espacios de autonomía, sino arbitrar mecanismos que garanticen su propia existencia y desenvolvimiento. Se debe encontrar el delicado equilibrio para que la primera no sofoque a la segunda, contemplándose que no existe impedimento para soslayar la intervención de la Comisión de Garantías, aún con los inconvenientes operativos que pueden ser atemperados acudiendo a la tecnología.

Para que exista un límite al derecho de huelga debe seguirse el procedimiento establecido en el Decreto 262/06, y debe ser declarado como esencial el servicio por la Comisión, fundamentando, en el caso concreto, que la huelga afecta la salud de la población o parte de ella, con referencia clara a la norma de emergencia que prioriza el derecho a la salud y justifica la emergencia sanitaria, mediante una adecuada y razonable ponderación entre medios y fines.

La emergencia no suspende los mecanismos previstos en el artículo 24 de la Ley 25.877 ni lo específicamente tratado en el Decreto 262 /06.

La Comisión tiene la facultad de establecer cuándo una huelga afecta a un servicio esencial, y la potestad de extender la enumeración taxativa en un caso específico que se somete a su consideración.

En el plexo normativo que rige durante la pandemia se encuentran plenamente

vigentes los derechos fundamentales consagrados por la Constitución Nacional. Las normas reglamentarias del derecho de huelga se limitan al mencionado artículo 24 de la Ley 25.877 y su decreto reglamentario, siendo aplicables la Ley 14.786 y normas provinciales equivalentes respecto de la conciliación obligatoria.

Las actividades y servicios no esenciales van modificándose en la medida de las necesidades y la evolución de la pandemia. De hecho, muchas fueron agregadas al listado original por la Decisión Administrativa 429/2020 del Jefe de Gabinete.

El poder público que regula medidas sanitarias es en principio el Poder Ejecutivo Nacional, pero por efecto del DNU 408/2020 se descentralizaron ciertas facultades en las autoridades provinciales y municipales. Asimismo, la pandemia no se extendió en todo el país con igual intensidad.

Podemos afirmar que la situación de emergencia sanitaria no es homogénea debido a que sus efectos se acrecientan en espacios de mucha concentración poblacional.

Creemos entonces la interpretación que compatibiliza la emergencia sanitaria con el derecho fundamental de huelga -en el marco de la Constitución, los Tratados Internacionales y el Convenio 87- es la continuidad de la Comisión de Garantías como órgano independiente, ajustando su composición a los lineamientos del Decreto 262/2006, para que en cada caso concreto de acuerdo al espacio geográfico, modalidades de ejecución y efectos de la medida de fuerza, evalúe la condición de esencialidad en los términos de las normas vigentes, incluidas las de la emergencia sanitaria.

**Debe la nombrada Comisión ser la autoridad de aplicación en tales supuestos, contemplando expresamente cuál es el estado de la pandemia en el espacio donde se lleva adelante la huelga, y si esta afecta el aislamiento social y pone en peligro la salud de la población, o parte de ella.**

La atención del sistema debe centrarse en los trabajadores como sus principales actores, sujetos de preferente tutela<sup>22</sup> –no como objetos ni herramientas de producción, ni su actividad una mercancía- brindando protección real en la dinámica de la compleja coyuntura, para poder prestar eficientemente el servicio esencial dentro del Estado Social de Derecho.

Los derechos humanos laborales no pueden quedar a merced de una visión verticalista estatal. La emergencia no desestructura la protección constitucional de quien prestando su trabajo *“no da ningún objeto patrimonial, sino que se da a sí mismo”*.<sup>23</sup>

La coyuntura con origen en la pandemia no justifica una visión totalitaria en las

---

22 CSJN, “Aquino” (Fallos: 327:3753), considerando 3.

23 Sinzheimer, Hugo, “La Esencia del Derecho del Trabajo” (1927). Crisis Económica y Derecho del Trabajo. MTSS, IELSS, Madrid, página 73.

relaciones entre el Estado y los actores sociales, que subordine las fuerzas productivas con nota de imperatividad, sin contemplación de las personas que trabajan.

Dentro de un sistema sindical que se codea constantemente con un engranaje de contornos estatalistas, de cuyas vinculaciones carnales en no pocas ocasiones termina dependiendo su funcionamiento y hasta su propia existencia, no caben limitaciones verticalistas a la “*creación espontánea de un poder social por parte de los trabajadores*”,<sup>24</sup> reduciendo sus posibilidades reales de expresión activa sin contemplar su verdadera confrontación con el interés general.

Siendo que la libertad sindical no está en cuarentena,<sup>25</sup> antes que desactivar la huelga deben articularse mecanismos de diálogo social y negociación colectiva que contemplen no sólo la representación formal, sino la representatividad real de los actores sociales, como mecanismo de atenuación de la creciente conflictividad y la tensión que ello genera.

---

24 Kahn – Freund, Otto, Ob. Cit., página 54.

25 Arese, César. “La libertad sindical no está en cuarentena”, en [www.rubinzalonline.com.ar](http://www.rubinzalonline.com.ar), RC D 1667/2020.

# EL ARTÍCULO 223 BIS DE LA LCT EN TIEMPOS DEL CORONAVIRUS.

## EXCEPCIÓN DE SUSPENDER POR FALTA O DISMINUCIÓN DE TRABAJO O FUERZA MAYOR?

por Osvaldo A. MADDALONI

RC D 1656/2020

*El art. 3 del DNU 329/2020 prohibió las suspensiones por las causales de fuerza mayor o falta o disminución de trabajo, sin embargo estableció en el párrafo siguiente una excepción para las suspensiones efectuadas en los términos del art. 223 bis, LCT. El autor plantea una serie de interrogantes respecto a la posibilidad plasmada en la norma y en ese contexto analiza los términos del reciente acuerdo celebrado entre la CGT, la Unión Industrial Argentina y del Poder Ejecutivo Nacional.*

### **I. Breve introducción a la normativa de la emergencia.**

Con fecha 19 de marzo de 2020, y en virtud de la grave evolución de la epidemia originada por el Coronavirus, el Poder Ejecutivo Nacional dictó el DNU 297/2020, con vigencia desde su publicación.

El citado DNU estableció dos prescripciones de alcance general: a) *una obligación de aislamiento social, preventivo y obligatorio*; b) *una prohibición de circular*; determinando que la infracción a las mismas sería pasible de acarrear las sanciones previstas en los arts. 205, 239 y ccetes. del Código Penal. (art. 4).

Por otra parte, el art. 8 del mismo DNU determinó 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.

Si bien esta normativa revestía carácter temporal hasta el 31 de marzo, el avance de la pandemia motivó sucesivas prórrogas. La primera de ellas fue establecida por el DNU 325 del 31 de marzo de 2020 (con vigencia desde dicha fecha) prolongando la cuarenta hasta el 12 de abril. Pero, además, en la misma fecha se publicó el DNU 329/2020 mediante el cual, a través de sus arts. 2 y 3 se prohibieron por 60 días los despidos sin justa causa y por las causales de falta o disminución de trabajo o fuerza mayor; y las suspensiones fundadas en falta o disminución de trabajo o fuerza mayor.

Pero el propio art. 3 del DNU citado, a la vez que prohíbe las suspensiones por las causales de fuerza mayor o falta o disminución de trabajo, establece en el pá-

rrafo siguiente la excepción de esta prohibición para las suspensiones efectuadas en los términos del art. 223 bis de la Ley de Contrato de Trabajo. De allí surge el interrogante del título de este artículo: ¿es esta una excepción a la posibilidad de suspender por falta o disminución de trabajo o fuerza mayor? Pero, además, ¿qué papel viene a jugar aquí el art. 223 bis de la LCT? ¿Acaso no se contradice la obligatoriedad de pagar las remuneraciones a quienes no presten servicios por la cuarentena, y a la vez permitir las suspensiones concertadas que establece el art. 223 bis de la LCT? Estos son los principales interrogantes -aunque no los únicos- que trataré de responder a continuación, y que en alguna medida, el Gobierno Nacional ha ido clarificando en los últimos días.

## II. La “herramienta” del art. 223 bis de la LCT.

La Ley 24.700/96 (B.O. 14/10/96) incorporó al articulado de la LCT el artículo en comentario.

Se trata de un tipo de suspensión concertada -individual o colectivamente- que responde a causas económicas.

Esta norma vino a resolver una problemática que databa de varios años atrás. En los graves períodos de crisis económicas que nuestro país atraviesa de manera recurrente, al empleador no le alcanzaban los 30 días (en el año aniversario) otorgados por la ley como plazo de suspensión por falta o disminución de trabajo (art. 220 LCT) para superar la crisis. Tampoco los 75 días en el caso de fuerza mayor (art. 221 LCT) o bien el total de 75 o 90 días, por las dos causales,<sup>1</sup> según el autor que se prefiera.

Por otro lado, el trabajador no podía soportar, sin cobro de haberes, largos períodos de suspensión de tareas. En suma, la Ley de Contrato de Trabajo carecía en 1996 de una normativa efectiva que ayudase a superar las situaciones de crisis económica; resultando, además, a todas luces insuficiente el procedimiento preventivo de crisis establecido en 1991 por la Ley 24013.

Contestes trabajadores y empleadores de sus mutuas necesidades, cuando la crisis se instalaba y la empresa necesitaba suspender, pactaban el pago de una suma no remunerativa (normalmente con el consenso del sindicato, que trataba de este modo de mantener la fuente de trabajo), extendiendo los plazos de suspensiones por falta o disminución de trabajo mucho más allá de los que establece la LCT. Ello también se daba, aunque en menor medida, por su no habitualidad, en los casos de fuerza mayor.

De este modo las empresas abonaban el 70 u 80% del haber bruto, y el trabaja-

---

1 Para Fernández Madrid corresponderían 30 días por falta o disminución de trabajo y aún restarían 60 días más por fuerza mayor. En cambio, Justo López sostiene que el plazo total, por ambas causales, no puede superar los 75 días. Véase al respecto mi comentario al art.221 de la LCT en la Ley de Contrato de Trabajo Comentada dirigida por Miguel Maza. La Ley Bs.As. 2012.

dor podía soportar, sin grave perjuicio económico, suspensiones que han llegado a extenderse durante varios meses. Además -habitualmente- el acuerdo celebrado no contenía cláusulas que impidieran al trabajador la realización de “changas”.

El problema se planteaba con el Fisco, que pretendía dar a esos pagos el carácter de remuneraciones (aun cuando las partes hubieran pactado lo contrario), y en consecuencia exigía el pago de aportes y contribuciones sobre los mismos.

El art. 223 bis de la LCT vino a resolver la cuestión del pago de una prestación no remunerativa, en tanto se cumplieran diversos requisitos. Establece este artículo:

*“Se considerará prestación no remunerativa las asignaciones en dinero que se entreguen en compensación por suspensiones de la prestación laboral y que se fundaren en las causales de falta o disminución de trabajo, no imputables al empleador, o fuerza mayor debidamente comprobada, pactadas individual o colectivamente y homologadas por la autoridad de aplicación, conforme normas legales vigentes, y cuando en virtud de tales causales el trabajador no realice la prestación laboral a su cargo. Sólo tributará las contribuciones establecidas en las Leyes 23.660 y 23.661”.*

De acuerdo a lo que surge del artículo precedente son los requisitos son cuatro, a saber:

- a) Que la causa fuera la falta o disminución de trabajo no imputable al empleador o la fuerza mayor debidamente comprobada.
- b) Que el acuerdo se celebrara individual o colectivamente.
- c) Que el trabajador no realizara la prestación laboral a su cargo, y
- d) Que la suspensión fuera homologada por la Autoridad de Aplicación<sup>2</sup>.

En verdad todos estos requisitos tienen algo en común. Se ha querido garantizar la seriedad del acuerdo a través de la homologación ministerial y se ha puesto énfasis en que el trabajador no debe prestar servicios.

De este modo la ley buscó evitar una corruptela que implicaba que en la práctica el trabajador continuaba trabajando -aunque en realidad las causas económicas para suspender habían desaparecido en todo o en parte- pero se lo hacía aparecer como suspendido para evitar el pago de cargas sociales.

El artículo en estudio establece, como contraprestación, que el empleador compensará al trabajador suspendido con una asignación en dinero, no remunerativa.

Dado el carácter que la ley atribuye a esta compensación, no se tributan aportes y contribuciones previsionales. Solo se pagan las contribuciones establecidas por las Leyes 23660 (obras sociales) y 23661 (Sistema Nacional de seguros de Salud).

2 El texto del artículo en el Boletín Oficial dice “y” homologadas, sin embargo, aparecieron algunas versiones incorrectas de esta norma donde dice “u” en vez de “y”. No cabe duda alguna que la homologación es un requisito esencial.

Por otra parte, suele pactarse también el pago al sindicato de la cuota sindical, como parte del acuerdo.

Este tipo de suspensión requiere un plazo cierto y la comunicación a aquellos trabajadores que no han intervenido en la firma del acuerdo. Debe recordarse que, si bien el sindicato negocia colectivamente muchos de estos acuerdos, su representación exige -según el art.22 del dto. 467/88 reglamentario de la LAS- que deberá contar con el consentimiento escrito de los trabajadores para representar sus intereses individuales.

Con relación al orden de antigüedad exigido por el art. 221 segundo párrafo de la L.C.T., entiendo que, en principio, debe seguirse el orden de prelación estipulado por la ley, ya que aun cuando se trate de suspensiones concertadas las mismas deben responder a razones de falta o disminución de trabajo o fuerza mayor y, en consecuencia, cumplir el requisito legal de comenzar por el personal menos antiguo y considerando las cargas de familia.

Fuera de este requisito, las partes tienen una amplia libertad para pactar distintas cláusulas en este tipo de suspensiones, pudiendo exceder, a mi entender, incluso, con holgura, los plazos de los arts. 221 y 222 de la LCT.

Por otra parte, no creo necesario -dado el carácter de suspensión concertada y la homologación ministerial exigida-, la realización del procedimiento preventivo de crisis.

Es bueno recordar, tal como lo señala Arias<sup>3</sup>, que este acuerdo tiene carácter contractual, por lo que juegan en el mismo un papel fundamental los principios de buena fe, colaboración y solidaridad (arts.62, 63 y 78 LCT, como así también los alcances del orden público laboral (arts. 959,1061 y ccdtes. del CCyCN; art 12 LCT).

Otra cuestión importante a destacar es que este tipo de suspensiones acordadas en modo alguno supone una rebaja salarial, ya que de lo que se trata es del pago de una suma no remunerativa para solventar una contingencia determinada, sin prestación laboral a cargo del trabajador. Tampoco obsta este tipo de suspensión al complemento salarial establecido por el art. 8 del DNU 376 del 19/04/2020.

### **III. ¿Cómo juega entonces la excepción, vía el 223 bis de la LCT, para concertar suspensiones por falta o disminución de trabajo o fuerza mayor?**

Queda claro, de la lectura de la normativa del DNU 297/2020 que los trabajadores que por la cuarentena deban permanecer en su domicilio y no puedan prestar tareas a la distancia, continuarán percibiendo el goce íntegro de sus *ingresos habituales*. (art.8).

Cabe señalar que la norma no habla de *remuneraciones* sino de *ingresos habi-*

---

3 Arias Juan Manuel, comentario al art. 223 bis LCT en Ley de Contrato de Trabajo Comentada, dirigida por Mario Ackerman, Rubinzal, Santa Fe, 2016 p.51.

*tuales*. Dice Gnecco<sup>4</sup> que la locución amplia empleada para la denominación del crédito a percibir por el trabajador durante ese lapso luciría apropiada, habida cuenta que la misma constituiría en rigor una prestación de seguridad social destinada a cubrir la contingencia de paro producida por la fuerza mayor.

Comparto este criterio, y creo además que es probable que el no haber utilizado el término “remuneraciones” guarde coherencia con la norma dictada poco después por el Ministerio de Trabajo de la Nación quien dispuso, a través de la Resolución 219 del 20/3/2020, que quienes continuaran prestando servicios percibirían su remuneración habitual y quienes no pudieran hacerlo recibirían una “suma con carácter no remunerativo”. Es curioso que, poco después, otra Resolución ministerial (279 del 30/3/2020) derogó la resolución 219/2020 en forma retroactiva (art.8 y 9) con lo que todas las sumas a pagar tendrían carácter remunerativo.

El interrogante entonces es: ¿de qué manera resulta posible concertar una suspensión en los términos del art. 223 bis de la LCT, si como trabajador/a estoy percibiendo una suma remunerativa? ¿Y por qué esta excepción a la prohibición de suspender por causas de falta o disminución de trabajo o fuerza mayor?

Creo que la respuesta hay que buscarla en la gravedad de la situación. Está claro que el trabajador no tiene la posibilidad económica para soportar una suspensión de las características de la Ley de Contrato de Trabajo sin percibir alguna suma que le permita mantener su nivel de vida, escaso de por sí. Por otra parte, la mayoría de los empleadores no van a poder resistir demasiado tiempo pagando remuneraciones (con todas las cargas sociales que las mismas suponen)<sup>5</sup>. Además, aun cuando se levantara la cuarentena y cesara la fuerza mayor producida por el coronavirus, lo cierto es que pasarán meses antes que la economía se encarrile, y mientras tanto la fuerza mayor- y las medidas tomadas en consecuencia- habrán provocado un grave problema de falta o disminución de trabajo.

Es probable entonces que el gobierno haya querido anticipar esta problemática, y por esa razón dejó abierta la puerta a la autonomía de la voluntad de las partes para que comiencen a resolver el problema de la falta de trabajo a largo plazo. Y de hecho estas negociaciones ya se han dado, por cuanto el Sindicato de Mecánicos (SMATA) acaba de acordar con las empresas el pago de sumas no remunerativas- para quienes no presten servicios- de entre un 70 y un 75% de los salarios brutos de los trabajadores.

Por cierto, podría sostenerse que, si tengo derecho a una remuneración, ésta no podría ser reemplazada por una suma no remunerativa. Pero debe tenerse en cuenta

---

4 Gnecco, Lorenzo P., “Suspensión y despido en la Emergencia”, publicado en el Dossier 4 del Suplemento Digital de la Revista de Derecho Laboral Actualidad “El impacto del coronavirus en las relaciones laborales”, [www.rubinzalonline.com.ar](http://www.rubinzalonline.com.ar), RC D 1597/2020

5 En este punto cabe acotar que si bien el DNU 332/2020 del 19/04/2020 reduce las cargas sociales en un 95%, las suspensiones concertadas siguen teniendo beneficios, como por ejemplo los plazos de suspensión.

ta que, en principio, este derecho solo se mantendría hasta el vencimiento de los plazos del DNU 329/2020, es decir hasta fin de mayo de 2020. En cambio, con los acuerdos, el trabajador puede garantizarse el pago de una suma no remunerativa por varios meses (que a la empresa la libera de casi todas las cargas sociales) y además podría negociar algún tipo de estabilidad temporal.

Creo, por tanto, que la posibilidad de acudir, una vez más, a las suspensiones concertadas del art. 223 bis de la LCT ha sido una medida por demás acertada; la cual por otra parte resulta explicada en los considerandos del DNU 329/20 que hacen hincapié en garantizar los ingresos de los trabajadores, pero también en la conservación de los puestos de trabajo en aras a preservar la paz social, todo ello en el marco de un Diálogo Social que evite medidas unilaterales.

Cuando parecía que estaba todo dicho, se conoció el DNU 376 del 19/04/2020 por el cual el Estado Nacional reduce las contribuciones patronales hasta un 95% para el mes de abril y anuncia el pago de una asignación que será equivalente al cincuenta por ciento (50%) del salario neto del trabajador o de la trabajadora correspondiente al mes de febrero de 2020, no pudiendo ser inferior a una suma equivalente a un salario mínimo, vital y móvil ni superar dos salarios mínimos, vitales y móviles, o al total del salario neto correspondiente a ese mes.

Este DNU hizo que se paralizaran los acuerdos colectivos que se venían negociando entre sindicatos y empresas, y que se optara por lograr un acuerdo marco del cual daré cuenta en el punto final de este artículo.

#### **IV. La homologación de los acuerdos en el marco del art. 223 bis de la LCT.<sup>6</sup>**

Los datos disponibles indican que el Ministerio de Trabajo de la Nación, a través del sistema de trámites a distancia (TAD), recibe acuerdos presentados (en el marco del art. 223 bis de la LCT) por la parte empleadora y el sindicato con personería gremial; solicita su ratificación, revisa los mismos y los homologa como acuerdo marco de carácter colectivo, sin perjuicio del derecho individual del personal afectado. Por otra parte, deja en claro que esa homologación no equivale a la del art. 15 de la LCT<sup>7</sup>.

Al no recibir acuerdos individuales ( que podrían prestarse a una violación del orden público laboral), ni colectivos que no provengan de sindicatos con personería gremial, se abren diversos interrogantes, que quizás encuentren respuesta en las administraciones provinciales del trabajo, aunque con los límites impuestos por

---

6 Sigo en este punto los datos aportados por la Dra. Laura Soage en su excelente disertación en la Federación Argentina de la Magistratura (20/04/2020)

7 Uno de los primeros acuerdos homologados en estos términos ha sido el de UTDYC y el Colegio de Escribano de la Ciudad de Buenos Aires. Si las partes requirieran la homologación en el marco del art.15 de la LCT es necesario que los trabajadores manifiesten su conformidad en forma personal y ello deberá tramitar ante la Autoridad Administrativa Competente.

la Resolución 101/20 ( 26-2-2020) del Ministerio Nacional que estableció que las Administraciones Provinciales del Trabajo, en el marco de los Procedimientos Preventivos de Crisis de Empresa, no pueden disponer y/o afectar fondos y/o recursos del Estado Nacional.

A este respecto, una reciente Resolución ministerial (359 del 27 de abril) vino a aclarar que las disposiciones de la Resolución 101, antes mencionada, no inhiben las facultades de las distintas Autoridades Provinciales del Trabajo para la sustanciación y posterior homologación de acuerdos colectivos y/o individuales en los términos del art.223 bis de la LCT, en el marco de sus respectivas jurisdicciones y con arreglo a lo estipulado por el dto.329/2020.

Por lo expuesto, pueden presentarse acuerdos individuales ante las autoridades administrativas del trabajo de carácter local (Ministerios de Trabajo, Secretarías y Subsecretarías) solicitando la homologación. Cuál es el trámite (en cuanto a ratificación y homologaciones) que darán a estas presentaciones cuando los organismos comiencen a atender público de manera presencial, no lo sabemos aún. Es de suponer que si los trabajadores ratifican los acuerdos, estos serían homologados.<sup>8</sup>

## **V. Últimas noticias.**

Día a día se producen noticias trascendentes en nuestra materia, y en particular con relación al art. 223 bis de la LCT.

El día 27 de abril se conoció el resultado de una reunión tripartita (Gobierno, CGT y Unión Industrial) que analizó la situación laboral a raíz del COVID-19, con la intención de lograr una especie de acuerdo marco bajo el cual encuadrar las sumas no remunerativas a abonar en los acuerdos realizados según las pautas del art. 223 bis de la LCT.

Como resultado de la citada reunión se aconseja al Gobierno el dictado de una norma instrumental que establezca certidumbre respecto de aquellas personas que no pueden prestar sus tareas habituales, disponiendo en tales casos una suspensión encuadrada en los términos del art. 223 bis de la LCT y/o todo instituto equivalente dispuesto por estatutos profesionales, la Ley 22250 o convenciones colectivas de trabajo. Todo ello con una vigencia de 60 días contados a partir del 1° de Abril.

Allí también se estableció que los empleadores deberán abonar una asignación no remunerativa que no podrá ser inferior al 75% del salario neto que le hubiere correspondido al trabajador en caso de haber laborado. Sobre dicho monto deberán realizarse la totalidad de los aportes y contribuciones por las Leyes 23660 y 23661 y la cuota sindical. En este marco la homologación será automática. De lo contrario cada caso será sometido a consideración de la autoridad de aplicación.

---

<sup>8</sup> Debe tenerse en cuenta que producto de la pandemia, muchas notificaciones a los trabajadores se han realizado vía mail o Whatsapp, las que deberían ser consideradas como válidas, en tanto el trabajador ratifique su conformidad, dadas las particulares circunstancias que se atraviesan.

Las suspensiones pueden ser simultáneas, alternadas, rotativas, totales o parciales.

Quedan excluidos, y en consecuencia percibirán sus remuneraciones de manera normal quienes presten servicios en la empresa o desde su lugar de aislamiento, y los dispensados de acuerdo a la Resolución del Ministerio nacional N° 207/20 (mayores de 60 años, embarazadas o patologías preexistentes).

El acuerdo garantiza el mantenimiento de la nómina de trabajadores hasta el 31 de mayo de 2020.

El Ministerio nacional homologaría este acuerdo, que de alguna manera viene a “reglamentar” las suspensiones en el marco del art. 223 bis de la LCT.

# LA NEGOCIACION DEL 223 BIS LCT Y LOS PREVENTIVOS DE CRISIS EN EL MARCO DEL COVID-19.

por Mirna LOZANO BOSCH<sup>1</sup>

RC D 1687/2020

*Análisis sinóptico de la tramitación de los procedimientos administrativos frente a la crisis de la pandemia. Se ponderan especialmente los roles del gobierno central y de las provincias, así como las pautas de actuación de las autoridades administrativas con el objetivo central de la conservación de puestos de trabajo.*

## I. La autoridad absoluta del MTEYSS<sup>2</sup> en la negociacion de los 223 bis y preventivos de crisis

Desde el pasado 31 de marzo por DNU 329/2020<sup>3</sup> rige la prohibición de despidos sin justa causa y sus pensiones basadas en fuerza mayor falta o disminución de trabajo por sesenta días. Con una fuerte motivación previa basada en nuestro sistema de supremacía constitucional, el 14 bis, bajo el principio de la preservación de las fuentes de trabajo y en función de tutelar preferentemente la figura del trabajador, el criterio ya sentado por nuestra CSJN en el fallo Aquino<sup>4</sup>, más la referencia de los documentos de OIT en el marco del COVID-19 en especial la recomendación 166, el Poder ejecutivo dicta esta nueva normativa excepcional que regirá hasta el próximo 29 de mayo.

Ahora bien, la negociación está llamada a realizarse en aquellas fuentes de trabajo que estén registradas, por 223 bis<sup>5</sup>. Cabe preguntarse por los procedimientos preventivos de crisis, ¿pueden negociarse, ante quién?, ¿cuál sería su margen negocial?, ¿qué aspectos podrían darse en su contenido?, ¿podía ampliarse una negociación a otros aspectos de la relación laboral por ejemplo la reducción de jornadas, o causales tecnológicas, causas económicas, que importen una restructuración en el marco del COVID-19?, ¿estaría habilitado por el resto de las causales fuera del 329/20?

La resolución 337/2002 del MTEySS dispuso que las Administraciones Provinciales del Trabajo podrían sustanciar y completar la gestión del procedimiento pre-

---

1 Abogada Especialista en Derecho del Trabajo. Docente Universitaria.

2 Ministerio de Trabajo Empleo y Seguridad Social

3 Decreto de Necesidad Urgencia Poder Ejecutivo Nacional de la República Argentina 329/20 del 31 de marzo del 2020.

4 CSJN “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688”, Sentencia 21 de Septiembre de 2004 327:3753 considerando 3

5 Ley 20744 Honorable Congreso de la Nación Argentina Art. 223 bis (Artículo incorporado por art. 3 de la Ley 24.700 B.O. 14/10/1996)

ventivo de crisis de empresas del arts. 98 y siguiente de la Ley 24.013; por Decreto 633/2018 artículo 4, sólo se permite en ese los Preventivos de crisis y, previo al COVID-19 se negociaron innumerables acuerdos en los ámbitos provinciales a lo largo de todo el territorio<sup>6</sup>.

Es vital recordar los límites que hoy impone la Res.101/2020 que por razones de un mejor control, eficiencia y racionalización en la aplicación de los recursos del Estado Nacional y dado la determinación del artículo 15 de la Ley 20.744<sup>7</sup>, deja sin efecto la autorización a las Administraciones Provinciales del Trabajo, de la sustanciación de los procedimientos preventivos de crisis en sus jurisdicciones cuando afecten esta materia.

¿Entonces los preventivos de crisis en cuanto negocien otros supuestos podrán permanecer en el ámbito de las negociaciones provinciales? Rápidamente en respuesta a los interrogantes del cómo se instrumentarían ambas negociaciones, se estableció una reunión del Consejo Federal del Trabajo<sup>8</sup>, el pasado 15/04/2020 el MTESS presentó los instructivos para viabilizar por tramites a distancia en el portal argentina.gob.ar<sup>9</sup> y el Ministerio de Trabajo Empleo y Seguridad Social se erige como la autoridad central en ambos procedimientos, 223 bis y Procedimientos Preventivos de Crisis.

## **II. La articulacion territorial de la negociacion la gobernanzacolaborativa en tiempos de COVID-19**

Dada la inminente coordinación de acciones, que se necesitan en el marco de la pandemia, el trabajo de las administraciones provinciales no será menor. Es importante destacar que el marco de excepcionalidad de la reglamentación debiera buscar afectar la menor cantidad de garantías constitucionales posibles y encontrar siempre razones justificadas a sus medidas, todo ello implica preguntarnos por el rol del federalismo, el rol del Consejo Federal del Trabajo ( CFT) en el marco de la pandemia, todo el capital negocial que existe en el marco de cada provincia,

---

6 Entre ellos el emblemático procedimiento de la empresa Carrefour junto al sindicato de comercio, homologado por el pasado Ministerio de Producción y Trabajo, firmado el 19 de abril 2018 que importó por 18 meses la reducción del 50% de las contribuciones patronales sobre el total de las remuneraciones de su nómina a cargo.

7 Ley 20744 art. 15 "...cuando repara en que la homologación administrativa o judicial de los acuerdos conciliatorios, transaccionales o liberatorios no serán oponibles a los organismos encargados de la recaudación de los aportes, contribuciones y demás cotizaciones destinados a los sistemas de la seguridad social.

8 El Consejo Federal del Trabajo (CFT) Ley 25212, es un organismo integrado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, las administraciones del trabajo de cada una de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social debe facilitar los medios necesarios para su funcionamiento, debiéndose prever en la Ley de Presupuesto los recursos necesarios para ello. Posee como órganos una Asamblea Federal, Un Comité Ejecutivo, Una Secretaria Permanente y varias Comisiones Técnicas.

9 TAD: Tramites a Distancia Argentina : <https://tramitesadistancia.gob.ar/>

se completa con la necesidad de coordinar acciones en el marco de nuestro país federal, la emergencia debe encontrar respuestas menos centralistas. Nótese que el DNU 367/2020<sup>10</sup>, art. 3° prescribe que la determinación definitiva del carácter profesional de la patología quedara a cargo de la Comisión Médica Central (CMC)<sup>11</sup>. Se desconocen así las adhesiones que las provincias a la Ley 27.348, que establecía la posibilidad de ir al procedimiento de comisiones médicas jurisdiccionales con posibilidad de reclamar ante la justicia ordinaria.

Lo mismo ocurre con el CFT como órgano federal, y la posibilidad de las provincias de ayudar en la negociación, nadie discute las competencias delegadas, pero en este contexto es necesario confiar también en estas instituciones que implican diálogos más abiertos y representativos de nuestra realidad como país. Las provincias necesitan tener el control además de la paz social es decir sobre el conflicto colectivo, son autónomas y conservan la suma del poder Público no delegado<sup>12</sup>. La articulación entre las jurisdicciones de cada provincia y las agencias territoriales del MTE y SS, debe ser colaborativa necesaria y vital..

### **III. La búsqueda de la mejor alternativa a un acuerdo negociado en los contenidos, la necesidad de un rol activo de la administración.**

Un acuerdo óptimo, justo, importa una negociación comprometida y reglada, aquí no vale una autocomposición sin el respeto de los fines de la normativa, se necesita la presencia del estado en la mesa entre el empleador y el trabajador que como norte y causa fin tengan la preservación de los puestos de trabajo para la búsqueda de la mejor alternativa a un acuerdo negociado. La herramienta del trámite a distancia desestima las etapas previas de negociación que insumirá cada caso, el trámite a distancia es una alternativa valiosa en este contexto que reflejará el cierre de dicho acuerdo de la mejor negociación arribada si se respetan las consideraciones mencionadas.

Habrá que ver en cada 223 bis y de cada uno de los Preventivos de Crisis, la capacidad negocial y buena fe, la verosimilitud de las causales invocadas de justificación del procedimiento, la información traída a la mesa de dialogo la que debe ser examinada conforme lo requiere y merita el nivel de empresa en los preventivos, asimismo los preventivos podrían darse por razones económicas, causales tecnológicas y de reducción de jornada, la distribución del tiempo de trabajo, ahora existen otros acuerdos que no importaran la negociación de un preventivo en este contexto del COVID-19 donde las facultades del ius variandi pueden verse más amplias por ejemplo en la disposición del teletrabajar, la intención del empleador de recurrir a suspensiones destinadas a prejubilizar al personal que estuviera próximo a cumplir los requisitos para obtener un beneficio. Acuerdos novativos, acuerdos de re- cate-

---

10 Decreto de Necesidad y Urgencia 367/ 2020 Poder ejecutivo Nacional - Enfermedad de carácter profesional no listada., 13/04/2020.

11 Establecida en el artículo 51 de la Ley N° 24.241

12 Art. 121 Constitución Nacional

gorización, modificación de tareas, todos elementos discutiblemente modificables podrían en el marco del COVID-19 ser negociados. Quien más que la autoridad de aplicación en territorio para determinarlo.

Recordemos que en los Preventivos rige la posibilidad de utilizar frente al incumplimiento del procedimiento el régimen de sanciones de Ley 25.212 le es aplicable al empleador por expresa remisión del art. 12 del Decreto 265/2002 y el régimen de ineficacia previsto en el art. 104 de la Ley 24.013.

El art. 223 bis de la LCT, es una figura autónoma que permitió englobar las suspensiones atípicas, sin la obligatoriedad del plazo del resto de las causales de suspensión, permite pactar con justa causa acreditada en forma individual o colectiva, acuerdos; que impliquen el pago de una compensación no remunerativa a favor del trabajador previa homologación de la autoridad de aplicación.

Queda claro que un rol más cercano, nos asegura mejores resultados para conservar los puestos de trabajo. No estamos en una situación de autonomía negocial libre. Estamos en el marco de normativas excepcionales en donde debe primar la finalidad de los actos, y el respeto de la Constitución Nacional y los Derechos fundamentales que surgen de ella.

#### **IV. El rol de la autoridad administrativa del trabajo**

Parece redundante pero no lo es a la luz de reafirmar que dentro de la negociación de estos procedimientos estamos frente al derecho administrativo laboral en una actividad reglada para el Estado. Donde el acto jurídico homologatorio goza de la presunción de legitimidad el rol de la administración es preponderante en cabeza de sus funcionarios, tanto se justifica su intervención que nunca declina su facultad de autoridad para dictar conciliación obligatoria o disponer de la aplicación del código contravencional de la Ley 25.212, para actuar.

Dado el compromiso en la conservación de los puestos de trabajo como ultima y primordial finalidad a la que se suma el interés público del sostenimiento de la Paz social, la autoridad de aplicación en posición de esta autora podría iniciar el procedimiento de negociación de oficio frente a posibles “despidos” y frente al conocimiento de hechos consumados, esto es, cuando ya se produjeron los despidos por fuerza mayor o por causas económicas estando vigente la normativa denegatoria. En este sentido dado las medidas y el estado de conflictividad cabe la posibilidad de retrotraer efectos y medidas al estado anterior y aplicar la sanción de ineficacia. De verificarse un incumplimiento al art. 104 de la Ley 24.013 la autoridad administrativa está obligada incluso a fijar una audiencia en forma inmediata para que concurran las partes y a intimar a la que parte incumplidora cese de inmediato en su actitud, el aspo y nuestra organización federal necesita que ese trabajo sea resuelto en cada territorio provincial, bajo acciones coordinadas de nación y Provincia.

Incluso podría compartirse que frente a una denuncia por parte de un trabajador, en facultad de su poder de policía se pueda efectuar una constatación del estado de situación de la Empresa, con su equipo inspectivo. Lo real es que al procedimiento a distancia le faltan instancias negociales previas, que necesitan la reunión genuina no necesariamente presencial, pero si o si visada por parte de funcionarios en el territorio. Por ello es de vital importancia el rol y perfil del funcionario público interviniente en la apertura y mesa de dialogo frente al proceso, la inmediatez, el rol de buen componedor, en resguardo del debido control de juricidad, al que debería sumarse el examen de oportunidad por parte de la administración al homologar. Existen sin dudas voces divididas, postura que en el trabajo se dirime en afirmar que es en el único caso dentro de la negociación colectiva que debiera darse este tipo de control. El MTEySS, conforme Ley 14.250 es la única autoridad de aplicación en convenios colectivos hoy la ejercerá además de manera directa en los 223 bis y Preventivos que tengan negociadas clausulas frente a los aportes y contribuciones en consonancia con el art. 103 de la Ley 24.013 y Res. 101/2020.

## V. Conclusiones

En el marco del COVID-19, además por Recomendación 166 de OIT, cabe la utilización de la Recomendación 205 sobre el empleo y el trabajo decente para la paz y la resiliencia, de 2017. El trabajo “Managin Conflict and disaster, Exploring Collaboration between Employers’ and Workers’ Organizations” del 9/4/20<sup>13</sup>, en este sentido nos sugiere alternativa, precisamente, el diálogo social y la negociación colectiva.

El dialogo social en el mundo del trabajo nunca puede considerarse desde una óptica restrictiva, menos cuando existen canales que pueden empoderarlo, como la negociación de crisis. Ese ámbito debe encontrarse con un trabajo coordinado de los organismos de gobernanza respetuosos del sistema federal de la república y que garanticen en su articulación la finalidad de la conservación mayoritaria de los puestos de trabajo.

---

13 OIT [https://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS\\_741421/lang--en/index.htm](https://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS_741421/lang--en/index.htm)  
Informe. Junto a Recomendación 205 de 2017.

# EFICACIA DE LAS COMUNICACIONES EPISTOLARES CURSADAS CON MOTIVO DEL CONTRATO DE TRABAJO DURANTE EL AISLAMIENTO SOCIAL, PREVENTIVO Y OBLIGATORIO (A.S.P.O.)

por Diego Javier TULA

RCD 1726/2020

*Los conflictos laborales no son indiferentes a esta situación de aislamiento social, preventivo y obligatorio (de hecho, se agudizan), observando en la práctica maniobras tendientes a evitar cumplir acabadamente con los mandatos que impone la legislación laboral dictada en el marco de la emergencia o, sencillamente, incumpléndola. Ello genera el envío de comunicaciones epistolares tendientes a lograr el cumplimiento forzado de dichas obligaciones. Analiza el autor las diferentes posibilidades para mantener un intercambio telegráfico válido en este contexto haciendo una crucial diferenciación entre trabajadores registrados y no registrados.*

I. Introducción. II. Comunicaciones laborales: ingreso en la esfera de conocimiento del destinatario. Teoría de la recepción. III. Eficacia de las comunicaciones laborales cursadas al lugar de prestación de tareas en aquellos supuestos donde el establecimiento laboral permanece cerrado como consecuencia del A.S.P.O. Valor presuncional del silencio. IV. Intimaciones y distracto. El requisito de oportunidad en tiempos de COVID-19. V. Cumplimiento del A.S.P.O. en una residencia no habitual. Cargas de información y comunicación. VI. Reflexión final.

## I. Introducción

El Poder Ejecutivo Nacional dictó el D.N.U. 297/20 (B.O. 20.03.2020) estableciendo para todas las personas que habitan en el país o se encuentren en él en forma temporaria, la medida de “aislamiento social, preventivo y obligatorio” (A.S.P.O.). Dicho mandato rige desde el 20 de marzo de 2020 y se extendió, a la fecha de elaboración de la presente colaboración, hasta el día 10 de mayo del corriente año.<sup>1</sup> A su vez impone una prohibición de circular, redactada en los siguientes términos: “Durante la vigencia del “aislamiento social, preventivo y obligatorio”, las personas deberán permanecer en sus residencias habituales o en la residencia en que se encuentren a las 00:00 horas del día 20 de marzo de 2020, momento de inicio de la medida dispuesta. Deberán abstenerse de concurrir a sus lugares de trabajo y no podrán desplazarse por rutas, vías y espacios públicos... Quienes se encuentren cumpliendo el aislamiento dispuesto en el artículo 1º, solo podrán realizar desplazamientos mínimos e indispensables para aprovisionarse de artículos de limpieza, medicamentos y alimentos”.

<sup>1</sup> D.N.U. 325/2020 (B.O. 31.03.2020): prorroga el A.S.P.O. desde el 01 de abril hasta el día 12 de abril de 2020; D.N.U. 355/2020 (B.O. 11.04.2020) prorroga el A.S.P.O. desde el 13 de abril hasta el 26 de abril de 2020 y D.N.U. 408/2020 (B.O. 26.04.2020) prorroga el A.S.P.O. desde el 27 de abril de 2020 hasta el 10 de mayo de 2020.

Diversas resoluciones fijaron las actividades excluidas del aislamiento legal, a la vez que establecieron los casos en los cuales las personas en relación de dependencia se encontraban dispensadas del deber de asistencia.<sup>2</sup> En términos sencillos, durante el tiempo de vigencia del A.S.P.O., el ámbito material y personal de aplicación de las reglas dependerá según se trate de trabajadores públicos que realizan tareas esenciales, trabajadores privados que realizan tareas en establecimientos exceptuados, prestaciones laborales de los trabajadores en sus lugares de aislamiento, trabajadores imposibilitados de realizar tareas tanto en su lugar de trabajo como en el de aislamiento y, por último, las personas que trabajan que integran los denominados grupos de riesgo (factor hetéreo, hipertensos, cardíacos, problemas respiratorios crónicos, etc.)

La situación de emergencia en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social que atraviesa el país (Ley n° 27.541, Decreto n° 260/20 y Decreto n° 297/20) obligó el dictado de un plexo normativo que garantiza el derecho al goce pleno e íntegro de los ingresos habituales de las personas que trabajan,<sup>3</sup> a la vez que prohíbe los despidos incausados o por fuerza mayor o falta o disminución del trabajo y las suspensiones por fuerza mayor o falta o disminución del trabajo por el término de 60 días contados desde la fecha de su vigencia.<sup>4</sup>

Los conflictos laborales no son indiferentes a tal escenario (de hecho, se agudizan), observando en la práctica maniobras tendientes a evitar cumplir acabadamente con los mandatos que impone la legislación laboral dictada en el marco de la emergencia o, sencillamente, incumpléndola. Ello genera el intercambio de comunicaciones epistolares tendientes a lograr el cumplimiento forzado de dichas obligaciones. En el ámbito de las relaciones individuales de trabajo, las notificaciones que habitualmente se cursan trabajadores y empleadores como consecuencia de esos conflictos revisten vital importancia, pues los mismos comienzan a auto-componerse con el intercambio cablegráfico, introduciendo una

---

2 Art. 6 D.N.U. 297/2020 (24 excepciones), Decisión Administrativa Jefe Gabinete n° 429/2020 (10 excepciones); Decisión Administrativa Jefe de Gabinete n° 490/2020 (7 excepciones); Decisión Administrativa Jefe de Gabinete n° 622/2020 (exceptúa al ejercicio de profesionales liberales del cumplimiento del A.S.P.O. y de la prohibición de circular en las provincias de Entre Ríos, Misiones, Salta, San Juan, Neuquén y Jujuy).

3 Art. 8 D.N.U. N° 297/20; Res. M.T.E.yS.S. n° 178/20 y 184/20 (derogadas por la Res. n° 202/20), 207/20 y 219/20 (derogada por la Res. n° 279/20), D.N.U. n° 332/2020 (Programa de Asistencia de Emergencia al Trabajo y la Producción), D.N.U. n° 347/2020 (crea el Comité de Evaluación y Monitoreo del Programa de A.T.P.) y D.N.U. N° 376/20 (modificación y ampliación del Programa de A.T.P.), entre otros.

4 D.N.U. N° 329/2020 (B.O. 31.03.2020). Véase “*Preguntas prácticas (y sus respuestas) sobre los alcances de la prohibición de despedir en forma incausada y por fuerza mayor y falta o disminución del trabajo impuesta por el D.N.U. 329/2020*”, TULA, Diego J. publicado en el Dossier 2 del Suplemento Digital de la Revista de Derecho Laboral Actualidad “El impacto del coronavirus en las relaciones laborales”, [www.rubinzalonline.com.ar](http://www.rubinzalonline.com.ar), RC D 1546/2020.

suerte de predeterminación de los hechos que luego se articularán en la instancia judicial. Estas comunicaciones constituyen una fijeza prejudicial, donde los errores y aciertos que se comentan definen, en muchos casos, el resultado final del pleito.

El intercambio telegráfico, en cuanto herramienta que procura el conocimiento del destinatario de una manifestación de voluntad, involucra y debe satisfacer el derecho de defensa consagrado en el art. 18 de la C.N.; por tal motivo existen principios, obligaciones, reglas de conducta y cargas que orientan y gobiernan la acción de las personas inherentes al envío y recepción de los despachos postales: *receptividad, deber de diligencia del emisor, deber de diligencia del receptor, buena fe, continuación del vínculo laboral, deber de explicarse, irrenunciabilidad de derechos, responsabilidad por el medio elegido, valoración judicial de la reacción frente a la injuria, etc.*

En tiempos *normales* (sin A.S.P.O.), la eficacia de esas comunicaciones dependerá del grado de cumplimiento de los citados principios y reglas por parte del remitente y destinatario. Llegado el caso, el juez evaluará las conductas llevadas a cabo por los sujetos de la relación laboral en la etapa prejudicial y determinará -insisto, en circunstancias ordinarias y habituales- si la notificación ingresó o no en la esfera de conocimiento de su destinatario. Sin embargo, el aislamiento legal obliga a analizar el cumplimiento de esas reglas de conducta a la luz de la prohibición de circular (desplazamientos mínimos e indispensables para aprovisionarse de artículos de limpieza, medicamentos y alimentos) y la abstención de concurrencia a los lugares habituales de trabajo.

## **II. Comunicaciones laborales: ingreso en la esfera de conocimiento del destinatario. Teoría de la recepción.**

La Ley de Contrato de Trabajo no contiene ninguna norma que determine cuándo una notificación laboral debe considerarse recibida por el destinatario. Ello deja a criterio del juez la solución de los casos que se plantean. Debe analizarse en qué momento el destinatario debió tomar “normalmente” conocimiento del mensaje expedido, obrando con cuidado, diligencia, lealtad y buena fe.

En la convivencia social, al resultar impracticable el sistema de notificación mediata que requiere el conocimiento efectivo e instantáneo del mensaje (*aprehensión del soporte papel*), nace una “carga” de diligencia en la información, sustento de la denominada *teoría de la recepción*, que considera producida la notificación con el ingreso en la esfera de conocimiento del destinatario.

En efecto, la teoría de la recepción considera que el acto se perfecciona cuando la declaración de voluntad llega a la esfera jurídica del destinatario, de manera que según la experiencia normal, sea puesto en condiciones de tener conocimiento de ella. Si en tales circunstancias no lo hace, asume los riesgos que se derivan de su conducta negligente; poco importa entonces, si por su propia falta, no ha

podido anoticiarse de la declaración, pues el acto recepticio se habrá formado definitivamente y producirá a su respecto todos los efectos previstos.

La idea de “*carga*” está íntimamente vinculada al concepto de interés o beneficio. Se anuda a aquellos casos en que se vinculan ciertas ventajas, sobre todo la adquisición o conservación de un derecho, con la realización de un acto, y ciertos perjuicios a la omisión, en particular la pérdida o no de la adquisición de un derecho, sin que se imponga en forma directa un deber de actuar a una parte y que se otorgue a la otra un derecho correspondiente.<sup>5</sup>

El destinatario de la comunicación tiene una *carga de diligencia* con respecto a la recepción de la misma. Se trata del celo o cuidado de un buen empleador y de un buen trabajador; es decir, de la presteza que un hombre prudente, honrado y cuidadoso de sus intereses pone en la gestión de sus asuntos vinculados al contrato de empleo. Para cumplir esta carga, debe mantener la identificación de su domicilio; debe anunciar el cambio de domicilio cuando se muda; debe concurrir a la oficina de Correos que corresponda cuando el domicilio se encuentre fuera del radio de distribución domiciliaria de correspondencia; no puede negarse injustificadamente a recibir la comunicación que se le envíe<sup>6</sup>, etc. El incumplimiento de esta carga de diligencia hace perder al destinatario de la comunicación la posibilidad del conocimiento efectivo del contenido de dicha notificación y todos los beneficios derivados de ese conocimiento.

### **III. Eficacia de las comunicaciones laborales cursadas al lugar de prestación de tareas en aquellos supuestos donde el establecimiento laboral permanece cerrado como consecuencia del A.S.P.O. Valor presuncional del silencio.**

Siguiendo el razonamiento expuesto en el punto que antecede, puede afirmarse que, en principio, la falta de recepción del mensaje impide la eficacia de la notificación intentada. Pese a ello, existen circunstancias que, de acuerdo con las

---

5 El contrato de trabajo se rige por normas coactivas y no coactivas. Pero hay otras normas intermedias llamadas “ordenatorias”, que no son coactivas ni simplemente complementarias, y de cuya observancia depende el ejercicio de un derecho o su adquisición. El “obligado” puede no observarlas, pero entonces se perjudica a sí mismo por la pérdida de ventajas que habría obtenido observándolas. Tales obligaciones, que no lo son en el sentido jurídico, suelen llamarse cargas. Su cumplimiento no puede ser exigido, pero es condición o presupuesto para que el ejercicio de un derecho sea eficiente. En igual sentido se ha distinguido entre “carga” y “obligación”, reservando la primera denominación para ciertas normas de carácter intermedio -que no son ni las imperativas e inderogables del Derecho del Trabajo ni las integrativas o complementarias y como tales derogables- cuyo incumplimiento, si bien no genera un derecho de crédito a la contraparte (como en el caso de la obligación) torna ineficaz el ejercicio de un derecho.

6 A modo de apostilla, la Res. 304/2020 del Ente Nacional de Comunicaciones (B.O. 26.03.2020) estableció que, durante la vigencia del A.S.P.O., los servicios postales de telegramas y cartas documentos -entre otros- podrán ser entregados sin firma ológrafa del destinatario o persona que se encuentre en el domicilio de destino, debiendo los prestadores de servicios postales dar cumplimiento con los requisitos que el citado dispositivo legal exige.

cargas de la recepción, imponen admitir la validez de la comunicación cuando ingresa en la esfera de conocimiento de su destinatario y éste no la recibe por su culpa, dolo o falta de diligencia. Por ello la jurisprudencia, casi en forma unánime, acepta la validez y eficacia de las declaraciones de voluntad dirigidas a un domicilio y devueltas al remitente con la atestación “*cerrado con aviso de visita*”. Sostener lo contrario llevaría a concluir que si una persona cierra *voluntariamente* su residencia, la recepción de la misiva recién operaría cuando decidiera abrir nuevamente el lugar.<sup>7</sup>

Efectivamente, la devolución del documento epistolar -en los términos mencionados- enviado por el remitente a fin de notificar al destinatario determinada circunstancia de la relación laboral, sin que este último concurra a tomar conocimiento del despacho, configura mala fe o negligencia del receptor por frustrar el perfeccionamiento de la notificación, obrando sin la diligencia, cuidado normal, buena fe, ni lealtad propios de un buen trabajador o empleador. Dado el caso, será por su propia voluntad que resignará el derecho de conocer el contenido de la comunicación que se le hubiere cursado, lo que autoriza a interpretar que, efectivamente, ingresa en la esfera de su conocimiento.

Sin embargo, como consecuencia de lo dispuesto en los arts. 1 y 2 del D.N.U. 297/2020, muchas empresas se ven *forzadas* a cerrar sus establecimientos comerciales durante el tiempo del A.S.P.O., excepto -claro está- que se trate de actividades exceptuadas (esenciales o permitidas). Y es precisamente en este escenario donde cabría preguntarse qué eficacia tienen las notificaciones que pudieran cursar los trabajadores a sus empleadores durante el aislamiento legal, teniendo en cuenta que, muy probablemente, dichos T.C.L. regresen al remitente con la atestación “*domicilio cerrado*”. En tales casos se verían imposibilitados los empleadores de concurrir al domicilio del establecimiento para anoticiarse de comunicaciones que eventualmente pudieran enviarles sus dependientes (por caso, hacerse del aviso de visita que deja el oficial del Correo para la posterior concurrencia a la oficina del organismo), dado que la circulación por la vía pública se encuentra fuertemente restringida.

Sin dudas, la casuística impide brindar una única respuesta al interrogante. Y, si bien esa determinación derivará del análisis de las circunstancias que rodean cada

---

7 CNAT, sala III: “García, Raquel c. Weidgans, Jorge”, sent. 16.08.1995; “Castro, Sebastián c. Ave SRL”, sent. 30.11.1995; Sala X: “Giménez, Oscar c. Editorial Atlántida S.A.”, sent. 25.02.1999; Sala VIII: “Bustos, Alfredo c. Bagley S.A.”, sent. 29.05.2003; sala V: “Lannutti, Mónica y otros c. Furba SRL”, sent. 24.10.1997; sala IV: “Carduje, Carlos c. Científica Argentina SRL”, sent. 30.12.1991; Sala I: “Ayala, Cristina Leonor c. Violante de Labriola, María”, sent. 26.06.1992; “Aguilera Lino, Mercedes c. Lactona S.A.”, sent. 02.04.2003, publicada en Lexis 30010272; Sala VII: “Benítez, Verónica Marcela c. Avanzada en Odontología SRL y otro”, sent. 13.07.2007; sala II: “Lima, Guido A. c. Vesubio S.A.”, sent. 07.07.2006; SCBA, L. 104.304, “Mendoza, Cristian Damián c. Canosa, Sergio Andres”, sent. 17.08.2011; L. 101.133, “Gómez, Juan Carlos c. Luma Productos S.R.L. s. Despido”, sent. 16.05.2012, entre muchos otros.

caso en particular, es saludable poner de relieve un esquema preconcebido, con sustento en el principio y deber de buena fe: dependerá, según el caso, si se trata de relaciones laborales registradas o fuera de todo registro. Me explico: en aquellos supuestos donde la persona que trabaja se encuentra registrada, probablemente tenga un alto grado de certeza respecto del nombre completo, denominación, razón social y/o demás datos de su empleador. Por consiguiente, bien podría exigirsele que las comunicaciones enviadas a su empleador durante el A.S.P.O sean dirigidas al domicilio real (si fuera persona humana y el trabajador tuviera oportunidad de conocerlo o averiguarlo<sup>8</sup>), al domicilio legal estatutario de la sociedad (de tratarse de personas jurídicas), al domicilio consignado en los recibos de haberes (si fuese distinto al lugar de prestación de tareas), al domicilio fiscal, al domicilio de la casa matriz (cuando el lugar de prestación de trabajo se desarrolle habitualmente en alguna de sus sucursales), etc. Por imperio del deber de buena fe, los trabajadores deberían arbitrar todos los medios a su alcance para cursar las notificaciones a uno o varios de esos domicilios, a fin de brindarle la posibilidad cierta al destinatario de obtener la comunicación e interiorizarse de su contenido, garantizando el derecho de defensa (art. 18 C.N.). Si, pese a ello, deciden dirigirlas exclusivamente al lugar de prestación habitual de servicios, sabiendo que el mismo se encuentra temporalmente cerrado -producto del aislamiento legal- la responsabilidad por la imposibilidad temporal del destinatario de tomar conocimiento de dicha comunicación recaerá exclusivamente en el remitente.

Por el contrario, aquellos dependientes cuya relación se desarrolla al margen de toda registración, posiblemente se vean imposibilitados de acceder a alguna de esas opciones, contando solamente con la dirección del domicilio de prestación de tareas. En tales supuestos, *la carga de conocimiento* recaerá sobre el destinatario de la comunicación -empleador renuente a registrar el vínculo laboral- pues la notificación habrá ingresado en su esfera jurídica de control. Aquí cede el principio de *responsabilidad por el medio elegido* (regla del Derecho Procesal basada en la teoría de los actos propios que impone que cada parte responde por el medio de comunicación elegido) ya que la notificación intentada por el trabajador es enviada al domicilio correcto y su eventual falta de recepción no puede ser atribuída al remitente ni al Correo, siendo exclusiva responsabilidad del destinatario, aun durante la vigencia del A.S.P.O.<sup>9</sup>

---

8 Esta opción sería la más adecuada, en la inteligencia que se trata de la residencia habitual donde el empleador se encontraría cumpliendo al A.S.P.O. El ordenamiento legal presume que en el domicilio real se encontrará siempre la persona o quien la represente, con el objeto de recepcionar las comunicaciones que se le dirijan (art. 73 C.C.C.N.).

9 Por estos días se escuchan algunas opiniones entre los abogados litigantes que, al momento de asesorar a sus clientes, recomiendan aguardar el cese del aislamiento legal para configurar los despidos indirectos, en la medida que la gravedad del incumplimiento del empleador no conlleve un daño directo e inmediato en la salud y/o en los ingresos económicos del trabajador. Por caso -se menciona- no será lo mismo la falta de pago de salarios (v.gr. marzo y abril) o la negativa de tareas que una deficiencia registral en orden a la fecha de ingreso del trabajador. En tales

Ley de Contrato de Trabajo obliga al trabajador y al empleador no sólo a lo que resulta expresamente de los términos del contrato, sino a todos aquellos comportamientos que sean consecuencia del mismo, apreciados con criterios de colaboración y solidaridad, debiendo obrar de buena fe las partes, ajustando sus conductas a lo que es propio de un buen empleador y de un buen trabajador.

Desde el punto de vista normativo, la exigencia genérica de una conducta diligente surge de los artículos 62 y 63 de la L.C.T. que requieren la implementación de los deberes antes mencionados (arts. 9, 10, 11, 1710, 1725 y ccddes. del Código Civil y Comercial de la Nación). En tal virtud, dentro de la relación laboral, la buena fe está calificada por las notas de colaboración -en tanto las partes deben actuar cooperando en la obra común de obtención de bienes y servicios-, y solidaridad -en cuanto cada parte debe sentirse responsable en el ejercicio de sus derechos y cumplimiento de sus deberes-, debiendo cumplirse por medio de la diligencia. Ese actuar leal, sincero, colaborador y solidario, se debe traducir en cumplimiento activo, oportuno y eficaz de los deberes.

#### **IV. Intimaciones y distracto. El requisito de *oportunidad* en tiempos de COVID-19.**

La reacción de la parte injuriada frente al “hecho injurioso” de la otra, tiene que aparecer adecuadamente proporcionada al incumplimiento, de manera tal que la denuncia parezca razonablemente justificada. Es por ello que la jurisprudencia requiere como condición de fondo, en ciertos casos, que antes de ejercer sus facultades resolutorias, se intime a la deudora a dar cumplimiento de sus obligaciones, como una aplicación concreta del principio de buena fe, y procurando en toda instancia la conservación del contrato, cuando la índole del incumplimiento permite una adecuada rectificación para el futuro. Así, en caso de incumplimientos contractuales, generalmente es requisito necesario para una válida ruptura del vínculo laborativo la existencia de una intimación previa conteniendo la afirmación de hechos (u omisiones) que configuran la injuria alegada y el apercibimiento bajo el cual se efectúa el emplazamiento, ya fuera con la finalidad de obtener una revisión de la supuesta conducta viciada de que se trate o la simple posibilidad de que la otra parte pueda ejercer el derecho a réplica. Esta obligación incumbe tanto al trabajador como al empleador, pues ambos deben conocer cuál será la determinación que adoptará el uno o el otro para garantizar la posibilidad de esgrimir oportunamente sus defensas.

---

supuestos probablemente el requirente intime en reiteradas oportunidades a su contraparte a fin de que brinde cumplimiento con la obligación exigida o cese en la conducta injuriente; incluso -llegado el caso- podrá hacer saber que de no dar acabado cumplimiento con el requerimiento, el apercibimiento de disolución contractual se hará efectivo una vez finalizado el A.S.P.O., siempre y cuando el empleador -aún así- continúe manteniendo su posición renuente a cumplir o contestar. Ello implicará, desde ya, analizar otro de los elementos configurativos de la reacción frente a la injuria que es la *contemporaneidad* entre el requerimiento intimatorio y la configuración definitiva del distracto. Proponemos ese análisis en el punto IV.

La intimación debe posibilitar la conservación del contrato de trabajo (art. 10, L.C.T.) y tiene por objeto que el empleador conteste (art. 57, L.C.T.), ya sea limitándose a negar los hechos o a explicar sus causas, motivos o circunstancias. Ese requerimiento debe anunciar claramente la conducta posterior que adoptará el trabajador, sea interpretando la persistencia del incumplimiento como injuria (art. 242, L.C.T.) o como reclamo salarial (arts. 103 y ccdes., L.C.T.).

En caso de silencio (art. 57 L.C.T.) o incumplimiento grave y/o resistencia del empleador a modificar su actitud o conducta, la situación puede ser configurativa de injuria y legitimar la disolución del vínculo en forma indirecta (arts. 242 y 246, L.C.T.). O, dicho de otra manera, configurado el hecho injurioso (dado por el silencio o respuesta evasiva y/o negatoria de los extremos destacados en el emplazamiento), la denuncia debe aparecer como una reacción adecuadamente proporcionada al incumplimiento que le sirve como antecedente.

Pero además -y en orden al tema que nos ocupa- debe existir una proximidad temporal entre la reacción de la parte afectada por la injuria y el momento en que su producción o comisión llega a su esfera de conocimiento. En otras palabras, la reacción del ofendido debe ser oportuna, de modo tal que no se entienda que ha existido un consentimiento tácito de la inconducta, aspecto temporal que no es dable nominar en abstracto porque su determinación dependerá de las circunstancias del caso. Como fundamento de la exigencia de oportunidad se indica que una relación laboral no puede estar permanentemente pendiente de disolución por hechos ocurridos a lo largo de su desarrollo; que el contrato laboral no puede concebirse como algo que contiene indeterminadamente en reserva las infracciones pasadas como hechos actualmente relevantes.

El punto de partida para juzgar la temporaneidad en la reacción del empleador es el momento en que toma conocimiento del hecho; si es necesaria una indagación, el tiempo que ésta demanda no es computado, excepto que de la propia indagación resulte la desidia o la actividad insuficiente del empleador para averiguar y determinar los hechos. El juicio sobre la contemporaneidad depende, así, de las circunstancias del caso y del tipo de actividad.<sup>10</sup> El trabajador también está obligado a no dejar pasar mucho tiempo entre la producción de la injuria (acción u omisión del empleador) y el hecho de enviar el telegrama intimatorio y, posteriormente, rupturista. De lo contrario podría concluirse que el dependiente ha consentido la injuria o que la misma no constituye motivo como para justificar la denuncia causada del contrato de trabajo.

En definitiva, dados los extremos fácticos indicados, quien deja transcurrir un lapso prolongado sin denunciar la relación, está demostrando implícitamente la inexistencia de un motivo suficientemente serio para él, susceptible de hacer subjetivamente posible -y objetivamente exigible- la continuación de la relación de trabajo.

10 ACKERMAN, Mario (Dir.), *Tratado de Derecho del Trabajo*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, T. IV, p. 197.

Sin embargo, en tiempos del A.S.P.O. puede ocurrir que un trabajador o un empleador hubieren cursado sendas intimaciones denunciando incumplimientos vinculados al contrato individual del trabajo, que dichas comunicaciones hayan ingresado en la esfera de conocimiento del destinatario en forma contemporánea al dictado del D.N.U. n° 297/2020 y que, por éstos días, se les presente el dilema de hacer efectivo el apercibimiento consignado en esa intimación (con el riesgo de que en un futuro litigio judicial se ataque la eficacia comunicacional de la respectiva pieza postal cuando la atestación del Correo indique “*domicilio cerrado*”) o esperar hasta tanto se levante el aislamiento legal y la prohibición de circular para disolver el contrato de trabajo.

De optarse por la primera alternativa, quien comunica correrá con los riesgos que se han expuesto en el punto III del presente trabajo. La segunda opción podría lucir contraria al requisito de *contemporaneidad* exigido entre la intimación y la disolución del vínculo laborativo.

Sin embargo, corresponde aquí aclarar que el atributo de la reacción frente a la injuria (despido) es la de ser *oportuna*, lo que es posible que conlleve (o no) que también sea contemporánea o inmediata. Ello así porque el concepto de *oportunidad* abarca también la condición necesaria de que la reacción no sea intempestiva, de modo que ella revele reflexión y prudencia de quien la produzca. Por lo tanto, bien podría suceder que la comunicación de la ruptura del contrato de trabajo luego de haber cursado una intimación meses atrás se produzca al finalizar el período del A.S.P.O., es decir, luego de una dilatada secuencia temporal al antecedente causante de la injuria, y que ese espacio de inacción fuera dispensado judicialmente en atención a los riesgos que correría la eficacia comunicacional cursada durante el aislamiento legal. Más aún si la prestación laboral se encuentra suspendida.

## **V. Cumplimiento del A.S.P.O. en una residencia no habitual. Cargas de información y comunicación.**

Para que la notificación postal enviada por el empleador cumpla acabadamente su cometido, resulta claro que debe estar dirigida al lugar donde reside el trabajador. El art. 73 del C.C.C.N. mantiene la regla de que el domicilio real de la persona es el lugar de su residencia habitual, aunque mientras en el Código de Vélez se mentaba como base el asiento principal de su residencia, el nuevo Código se limita a aludir a residencia habitual.

Siempre el domicilio es producto de una consagración de la ley y, por ende, de alguna medida legal. Unas veces, es fijado por la ley coincidentemente con el lugar de vivienda o residencia, entonces, es legal por disposición de la ley y real por fundarse en la vivienda efectiva. El domicilio real es, en suma, una noción jurídica que si bien halla razón en una realidad de hecho, no se confunde con ella,

toda vez que para su determinación concurren dos voluntades: la individual –que lo elige- y la normativa –que lo consagra- por lo cual tiene, en alguna medida, carácter legal.

Es dable recordar que el ordenamiento legal presume que en el domicilio real se encontrará siempre la persona o quien lo represente, con el objeto de recepcionar las comunicaciones que se le dirijan. La existencia de esta presunción es necesaria a fin de brindar estabilidad al asiento de las personas en sus relaciones de derecho con los terceros; de otra manera, cambiando sucesivamente el lugar de su residencia o de su habitación, cualquier persona podría llegar a hacer imposible, o al menos sumamente difícil, toda notificación que se le intentara comunicar.

El dependiente debe ser notificado en su domicilio real, denunciado a la empresa en su momento y actualizado cada vez que hubiere realizado una modificación. Esta regla rige también en aquellos supuestos donde las personas que trabajan permanezcan en la residencia en que se encontraban a las 00:00 horas del día 20 de marzo de 2020 -momento de inicio del A.S.P.O.- aun cuando ese lugar no coincida con su residencia habitual. De generarse tal circunstancia, deberán notificar a su empleador el lugar donde se encuentran cumpliendo el aislamiento legal.<sup>11</sup> La doctrina no admite la derogación tácita del domicilio, exigiendo la forma escrita -o digital<sup>12</sup>- en la comunicación a la otra parte. Ambos sujetos del contrato de trabajo deben hallarse en condiciones de acreditar, en cada caso, la comunicación enviada a la otra parte del cambio de su domicilio, si pretenden desentenderse de las comunicaciones que se le cursen en el que, con anterioridad, ha sido tenido por existente y denunciado.

El empleador quedará exento de responsabilidad si una notificación no llega a destino por haber omitido comunicar el trabajador un cambio temporal de domicilio. No obstante, dado que las partes están obligadas a llevar a cabo todos los actos necesarios -en cuanto de ellas dependan- para lograr la eficacia comunicacional de las notificaciones que se cursaren como motivo del contrato de trabajo, el principio citado podría excepcionalmente ceder en la medida que se acredite que el empleador estuvo en condiciones ciertas de dar con el paradero del trabajador y, pese a ello, optó por no hacerlo. Sin lugar a dudas en estos casos la cuestión probatoria jugará un papel decisivo.

---

11 Si el trabajador fuese un sujeto de los considerados “de riesgo”, esta notificación perfectamente podría ser enviada por un familiar, acreditando debidamente el vínculo. En los casos de ausencias al empleo por enfermedad o internación clínica del dependiente, el T.C.L. puede ser impuesto por una tercera persona que se presente en el Correo con los documentos del trabajador y con el propio. La L.C.T. solamente exige que la renuncia al empleo sea formalizada mediante telegrama colacionado cursado personalmente por el trabajador. Ninguna otra norma de dicha ley establece este requisito para considerar válidas las notificaciones que se practiquen.

12 Véase TULA, Diego, *Intercambio telegráfico en el Contrato de Trabajo*, Capítulo V, *El impacto de las nuevas tecnologías de la información y comunicación (TIC`S) en las notificaciones laborales*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2017.

## VI. Reflexión final.

Para concluir, vaya una doble reflexión. En relación a los litigantes, la *buena fe* será el prisma bajo el cual se observará la conducta asumida durante el intercambio telegráfico en tiempos del aislamiento legal, tanto en sus aspectos formales como en los sustanciales. Para los jueces, es dable recordar que lo prudencial refiere a la forma de ponderar si los motivos aducidos por las partes en un litigio son aceptables, en un marco temporal, territorial y personal determinado, teniendo en cuenta que las costumbres y los hábitos cotidianos influyen la relación laboral y son cambiantes según la época que se viva. Lo que en un momento o circunstancia puede significar injuria suficiente, extemporaneidad entre la intimación y el distracto o eficacia notficatoria frente a la atestación “*domicilio cerrado*” (antes del A.S.P.O.) puede no serlo en otro u otra (durante el A.S.P.O.).

Según las enseñanzas de la teoría de la argumentación, cuando un juez va a apartarse de aquellos “criterios generalmente aceptados”, corre con la carga explicativa de brindar una razón plausible vinculada a ese contexto concreto, de modo que su decisión no aparezca como fruto de una discrecionalidad arbitraria.<sup>13</sup>

---

13 MACHADO, José Daniel, en ACKERMAN, Mario E. (Dir.), *Ley de Contrato de Trabajo Comentada*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, T. III, p. 173

# DESPIDO CON CAUSA Y EL REQUISITO DE “CLARIDAD SUFICIENTE”. LA NECESIDAD DE OBTURAR UNA VÍA DE ESCAPE A LA PROHIBICIÓN TEMPORAL DE DESPEDIR

por Diego Guirado

RC D 1739/2020

*La prohibición de despido dispuesta por el DNU 329/2020 (prorrogado por el DNU 487/2020) incluyó la facultad del empleador de despedir con invocación de causa, razón por la cual es de capital importancia que los jueces llamados a intervenir en acciones de reincorporación y en el marco de un despido con una deficiente expresión de la injuria (art. 243, LCT), deban abocarse ab initio al examen de la comunicación extintiva, so pena de consentir una evasión a la protección ideada para este momento de marcada incertidumbre económica y social generada por el avance del COVID-19.*

## I. Introducción

Coronavirus, pandemia, aislamiento social, agravamiento de la crisis económica y ocupacional, aluvión normativo ... de público y notorio.

En fecha 31/03/2020 el PEN emitió el DNU 329/2020 que comenzó a regir el mismo día de su publicación y estableció una vigencia de 60 días, la cual fue prorrogada por igual plazo por DNU 487/2020 de fecha 19/05/2020, por lo cual, sus postulados han de aplicarse hasta el 28/07/2020, de no mediar una nueva prórroga..

La norma analizada determina la prohibición de despidos sin causa<sup>1</sup> o fundados en falta o disminución de trabajo y fuerza mayor, y de suspensiones fundadas en fuerza mayor o falta o disminución de trabajo.

Toda interpretación y aplicación de sus postulados deberá realizarse con miramiento en lo dispuesto en sus Considerandos y en el contexto excepcional en el cual fue dictado, esto es, el marco de la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social establecida por la Ley 27541, la ampliación de la emergencia sanitaria dispuesta por DNU 260/2020 y el DNU 297/2020 que estableció el ASPO y sus posteriores prórrogas. En ese marco, el mantenimiento de las relaciones laborales importa la prevalencia de un interés de orden público que justifica temporalmente la vigencia de un régimen de estabilidad propia en favor de las trabajadoras y de los trabajadores

---

1 El término “despido sin causa” entendido con la amplitud a la que refiere José Daniel Machado al decir “la norma ‘eleva’ al estatus jurídico de acto con objeto ilícito al despido inmotivado (o injustificado, o sin causa, o arbitrario)”. Ver “Apuntes para un borrador sobre las primeras impresiones acerca del DNU 329/2020”, en Dossier 2 del Suplemento Digital de la Revista de Derecho Laboral Actualidad “El impacto del coronavi-rus en las relaciones laborales”, [www.rubinzalonline.com.ar](http://www.rubinzalonline.com.ar), RC D 1506/2020.

del sector privado, ello con la consecuente restricción de la libertad de contratar de la parte empleadora.

Vale mencionar que durante la vigencia del DNU 329/2020 *prorrogado por el DNU 487/2020* el empleador conserva la facultad de extinguir la relación por justa causa y la de suspender por razones disciplinarias a sus dependientes. Como es sabido, la valoración de la injuria laboral, como hecho impeditivo de la continuidad de la vinculación, y sus condiciones de gravedad es materia reservada por la ley de manera exclusiva a la labor prudencial de los jueces.

Por imperio de lo dispuesto en el art. 243, LCT, la denuncia del contrato de trabajo con invocación de justa causa debe notificarse por escrito consignando con claridad suficiente los motivos en que se funda la ruptura del vínculo. Esto significa que debe descartarse toda formulación vaga, ambigua o que adolezca de imprecisión so pena de tener por incumplido el requisito mencionado. Esta exigencia rige para cualquiera de las partes del contrato que decida la denuncia motivada, esto es, tanto para el empleador (despido directo) como para el trabajador (despido indirecto).

Un incumplimiento evidente del requisito de “claridad suficiente” al momento de comunicar una extinción con justa causa en el marco de lo dispuesto por el DNU 329/2020 debe ser analizado de manera liminar y así, resolver la reincorporación cautelar del actor a su lugar de trabajo.

Si bien excede la finalidad del presente trabajo, por requerir su análisis un estudio más detenido de sus implicancias, cabría preguntarse cuál debería ser el tratamiento jurisdiccional respecto de aquellos despidos decididos invocando una causa inverosímil o de evidente insignificancia injuriosa, todo ello en el contexto de esta delicadísima situación de emergencia social, sanitaria y económica nunca antes experimentada en nuestro país y en el mundo.

## **II. Claridad suficiente. Su importancia**

Como principio general puede sostenerse que la comunicación del despido está mal expresada cuando quien la emite emplea una fórmula ambigua, que le permita con posterioridad referirla a hechos susceptibles de ser completados según su criterio.

La notificación del despido debe ser autónoma, valerse por sí misma y contener todas las referencias de los hechos injuriantes y los deberes transgredidos (arts. 62 y 63, LCT). Tal exigencia tiene su razón de ser en la necesidad de garantizar el derecho de defensa del trabajador (art. 18, Constitución Nacional), de manera que al demandar sepa cuál es el incumplimiento que se le endilgó para decidir su despido y así poder organizar su estrategia judicial y ofrecer las pruebas respectivas.

La expresión suficientemente clara de los motivos en que se funda la ruptura del contrato de trabajo no requiere una descripción pormenorizada de los hechos que se le imputan al trabajador, ni fórmulas sacramentales, sino los datos necesarios

para que éste pueda conocer con certeza las razones de la decisión patronal, de forma tal de que resulten inmodificables a los efectos de su defensa en el proceso judicial. Es así como se entrelaza el requisito de “claridad suficiente” con la regla de la invariabilidad de la causal de despido prevista en la parte final del art. 243, LCT.

Esta comunicación previa, permite al trabajador conocer la conducta contractual que se le atribuye o las circunstancias que determinan el distracto, para así poder aclararla, justificarla o rechazarla.

El despido con causa, en general, constituye la expresión máxima del poder disciplinario como despido-sanción. En esa inteligencia participa del requisito esencial de toda penalidad, esto es, la existencia de un factor subjetivo de imputación (dolo o culpa) del trabajador. La culpa que justifica el distracto es aquella que deviene grave por la negligencia, impericia o temeridad puesta de manifiesto en el acto o repetición de ellos. Pero si la imputación de ese factor subjetivo por el cual se requiere responsabilizar al trabajador no es concretamente individualizada y claramente comunicada en el despacho telegráfico, el límite impuesto por la norma del art. 243 impide el tratamiento de la imputación por violentarse el derecho de defensa en juicio<sup>2</sup>.

La falta de invocación concreta de la causal imputada al trabajador para justificar el despido, no puede suplirse mediante declaraciones testimoniales rendidas con posterioridad en el proceso<sup>3</sup>. Tampoco subsana dicha falencia el reconocimiento realizado por el propio trabajador respecto de los motivos que fundaron la decisión extintiva ejecutada por el empleador<sup>4</sup>. Cuando se omitieren las formas exigidas por el art. 243, LCT, la comunicación será eficaz como acto unilateral extintivo de la relación pero no tendrá validez como invocación de justa causa de rescisión contractual.

### III.- Conocimiento de la injuria endilgada

Autores como López, Centeno<sup>5</sup>, Capón Filas y Etala<sup>6</sup> fueron los propulsores de una interpretación rígida de la norma, considerando que los requisitos

---

2 Voto de Arias Gibert en “Benítez, Luis Sergio vs. Popar S.A. y otros s. Despido”, CNAT, Sala V, 26/09/2019, [www.rubinzalonline.com.ar](http://www.rubinzalonline.com.ar), RC J 11823/2019.

3 “Vigna, Sergio vs. Consorcio Enrique Martínez 1911 s. Despido”, CNAT, Sala X, 20/06/2006, [www.rubinzalonline.com.ar](http://www.rubinzalonline.com.ar), RC J 2598/2006; “Arana, Romina Soledad vs. Garantizar S.G.R.” s. Despido, CNAT, Sala V, 17/05/2018, [www.rubinzalonline.com.ar](http://www.rubinzalonline.com.ar), RC J 2953/2018.

4 “Pessoa, Christian Andrés vs. Guerreño de Salas, Silvina s. Cobro de pesos - Entrega de certificado trabajo - Recurso de inaplicabilidad de ley”, STJ, Entre Ríos, 21/09/2001, Dirección de Biblioteca y Jurisprudencia del Poder Judicial de Entre Ríos, [www.rubinzalonline.com.ar](http://www.rubinzalonline.com.ar), RC J 13110/2009.

5 Cita realizada por la Dres. José María Serralunga y Alicia Garcia en la causa “Botta, Silvia Beatriz s. Recurso de revisión en: Club Atlético Provincial s. Quiebra”, CCC, Sala 2, Rosario, 16/02/2007, [www.rubinzalonline.com.ar](http://www.rubinzalonline.com.ar), RC J 2895/2007.

6 “Cáceres, Domingo del Pilar vs. El Pajarito S.A. s. Acción común”, Trib. Trab., Sala III, Formosa, 09/10/2007; Departamento de Informática Jurisprudencial del Poder Judicial de Formosa, [www.rubinzalonline.com.ar](http://www.rubinzalonline.com.ar), RC J 813/2013.

impuestos por el legislador en el original art. 264<sup>7</sup> (actual art. 243, según la redacción impuesta por la Ley de facto 21.297) resultaban *ad solemnitatem*. Esta tesis descarta toda posibilidad de aceptar como válidos los despidos en que la causa no hubiese sido suficientemente aclarada y/o esbozada en la comunicación enviada.

Frente a esta posición doctrinaria aun en vigor<sup>8</sup>, surgió una tesis más flexible que acepta la validez de las comunicaciones con cierto grado de imprecisión, siempre y cuando el interesado (la contraparte) tenga cabal conocimiento del hecho que motiva el distracto. En este sentido la SCJ de Buenos Aires<sup>9</sup> ha dicho que la rigidez formal del art. 243, LCT, debe ceder cuando el trabajador tiene conocimiento de la verdadera causal imputada. Por su parte, la CSJN<sup>10</sup> ha sostenido que la exigencia en torno a la información sobre las causas del despido no puede convertirse en un formulismo taxativo ya que, de interpretarse de tal modo el artículo referido se arribaría al extremo no deseado de cercenar el debate judicial, con la consiguiente lesión de preceptos constitucionales.

La exigencia relativa a la indicación concreta de la falta u omisión puede ser soslayada en los casos en los que el trabajador, indubitable e inequívocamente, conozca las razones y las circunstancias temporales a las que se refiere una genérica o imprecisa invocación patronal<sup>11</sup>. Esto puede ocurrir, por ejemplo, por haber mediado un sumario interno en el que se le diera al trabajador la oportunidad de efectuar un descargo, o en caso de mediar una denuncia penal por un tercero o por el propio empleador, o por haber tomado estado público en los medios de comunicación o en redes sociales<sup>12</sup> la conducta injuriosa protagonizada por el dependiente (supuesto frecuente de visibilización de actos de discriminación por orientación sexual o razones de salud y, principalmente, cuestiones de violencia de género).

---

7 Art. 264, Ley 20744 - El despido por justa causa dispuesto por el empleador deberá comunicarse por escrito al trabajador, haciéndose constar la fecha y los hechos que lo motivan. No se admitirá a la demanda que promoviere el trabajador la invocación de otros motivos de oposición que los consignados en la comunicación a que se ha hecho referencia.

8 “Míguez, Germán Enrique vs. Gabriel Matyas y Alberto Bergoc S.H. s. Despido”, CNAT, Sala V, 23/04/2015, [www.rubinzalonline.com.ar](http://www.rubinzalonline.com.ar), RC J 4280/2015.

9 “Matamala, Juan Alberto y otro vs. Cooperativa Eléctrica de Pehuajó s. Indemnización por despido”, SCJBA, 14/11/1989, L. 43291, S., JUBA.

10 “Riobo, Alberto vs. Diario La Prensa S.A.”, CSJN, 16/02/1993, Base de Datos de Jurisprudencia de la CSJN, [www.rubinzalonline.com.ar](http://www.rubinzalonline.com.ar), RC J 102467/2009.

11 “Guerra, Bruno Hernán vs. Urrestarazu y Cedeira S.R.L. s. Despido”, SCJ de Buenos Aires, 04/09/2019, [www.rubinzalonline.com.ar](http://www.rubinzalonline.com.ar), RC J 12246/2019.

12 Se consideró justificado el despido de los actores fundado en haber proferido una agresión verbal a una mujer que transitaba por la vía pública mientras prestaban tareas en favor de la demandada, hecho que fue denunciado por la damnificada en la red social Facebook “G., J. A. y otro vs. T. Hnos. S.R.L. s. Despido”, Juzgado del Trabajo N° 4, Resistencia, 21/03/2018, [www.rubinzalonline.com.ar](http://www.rubinzalonline.com.ar), RC J 1835/2018

## IV. Valoración judicial

Resulta oportuno señalar que los jueces al momento de fallar valoran de manera diversa el haber constatado el incumplimiento del requisito de “claridad suficiente”.

Así, hay resoluciones en las cuales se considera que no obstante haberse acreditado uno o alguno de los hechos denunciados como injuria en la comunicación de despido y considerarse que por su naturaleza pudo haber constituido un comportamiento que debió haber sido sancionado ejemplarmente, estiman que para que ello se torne viable judicialmente, se debió previamente cumplimentar con lo dispuesto por el art. 243, LCT<sup>13</sup>. Es decir, sellan la suerte de la controversia y estiman que el despido es injustificado por el solo hecho de haber incumplido con el requisito analizado, ello a pesar de haberse acreditado fehacientemente el accionar injurioso defectuosamente consignado en la misiva rescisoria.

Por otra parte, existen pronunciamientos que resuelven con fundamento en el incumplimiento del art. 243, LCT, pero refuerzan su decisión incorporando argumentos referidos a la falta de acreditación adecuada de la irregularidad imputada<sup>14</sup> o bien analizan la ausencia de proporcionalidad o contemporaneidad de la injuria invocada en la defectuosa comunicación de despido.

## V. Casuística

### A) *Vaguedades y frases hechas*

Puede establecerse un primer grupo como de “vaguedades y frases hechas” utilizadas de manera infructuosa por los empleadores para comunicar en forma correcta la justa causa de la ruptura, dentro del cual jurisprudencialmente<sup>15</sup> se ha considerado incluidas expresiones como: “desvío de fondos”<sup>16</sup>, “irregularidades en el cobro de sumas de dinero”<sup>17</sup>, “reiteradas inconductas e innumerables llamadas de atención”<sup>18</sup>, “reestructuración del sector”<sup>19</sup>, “inadmisibles actitudes en el

---

13 CNAT, Sala V, 15/10/2019, “Berdichevsky, Leonardo Matías vs. Aux Tournedos S.A. s. Despido”, [www.rubinzalonline.com.ar](http://www.rubinzalonline.com.ar), RC J 11294/2019.

14 “G., E. A. vs. Fideos Don Antonio S.A. s. Cobro de créditos laborales”, CCCLyM, General Pico, 11/06/2019, [www.rubinzalonline.com.ar](http://www.rubinzalonline.com.ar), RC J 12230/2019; “Rosalino, José Arlindo vs. El Moldava S.A. y otro s. Despido”, CNAT, Sala VI, 14/11/2019, [www.rubinzalonline.com.ar](http://www.rubinzalonline.com.ar), RC J 12403/2019.

15 Se recomienda la lectura completa de los fallos al que remiten las citas indicadas a continuación, logrando así un conocimiento más certero y acabado de los precedentes referenciados.

16 “Arana, Romina Soledad vs. Garantizar S.G.R. s. Despido”, CNAT, Sala V, 17/05/2018, [www.rubinzalonline.com.ar](http://www.rubinzalonline.com.ar), RC J 2953/2018.

17 “G., E. A. vs. Fideos Don Antonio S.A. s. Cobro de créditos laborales”, CCCLM, Sala B, General Pico, 11/06/2019, [www.rubinzalonline.com.ar](http://www.rubinzalonline.com.ar), RC J 12230/2019.

18 “Taboada, Mauro Sebastián vs. Cardinal Servicios Integrales S.A. s. Despido”, CNAT, Sala II, 03/03/2015, [www.rubinzalonline.com.ar](http://www.rubinzalonline.com.ar), RC J 3640/2015.

19 “Bautista, Luis Omar vs. Fabherco S.R.L. s. Despido”, CNAT, Sala VIII, 19/08/2016, [www.rubinzalonline.com.ar](http://www.rubinzalonline.com.ar), RC J 4884/2016.

desempeño de sus funciones realizando actos vedados por normas de la empresa”<sup>20</sup>, “reiteradas situaciones de incumplimiento horario y sistemáticas inasistencias”<sup>21</sup>, “incumplimientos de obligaciones de higiene sanitaria y desobediencia de órdenes de trabajo”<sup>22</sup>, “ostensible baja productividad y falta de contracción al trabajo”<sup>23</sup>, “trabajo a desgano y reiterados olvidos y errores en los pedidos realizados por clientes, afectando la imagen de la empresa”<sup>24</sup>, “falta de colaboración y rendimiento”<sup>25</sup>, “por violación del principio de buena fe contractual”<sup>26</sup>, “por su accionar imprudente en el manejo de la unidad asignada que provocó la caída y lesión de una pasajera”<sup>27</sup> y “por haber faltado a sus deberes y obligaciones laborales, no habiendo respetado las órdenes de su encargada en reiteradas oportunidades”<sup>28</sup>; no constituyen una descripción precisa y pormenorizada de los hechos injuriosos.

### B) *Pérdida de confianza*

Una mención especial merece la extinción de la relación laboral en la que se alude como motivo a la “pérdida de confianza” que, como factor subjetivo, debe necesariamente derivar de un hecho objetivo de por sí injurioso. La pérdida de confianza no es una causal autónoma de despido, sino que es menester la existencia de hechos desleales que la justifiquen, los cuales en razón de su naturaleza y del tipo de funciones encomendadas, puedan llevar razonablemente al ánimo del empleador a la convicción de que hechos de similares características puedan repetirse en el futuro. Resulta necesario precisar las circunstancias relativas al lugar, tiempo o modo en que ocurrieron las irregularidades imputadas y en ese contexto, poder responder los interrogantes ¿qué?, ¿cuándo?, ¿dónde?, ¿cuánto?

### C) *Acumulación de imprecisiones*

Resulta una práctica común incluir en la misiva de despido una sumatoria de

---

20 “García Pereda, Christopher Dante vs. Alameda 455 S.R.L. s. Despido”, CNAT, Sala X, 01/07/2016, [www.rubinzalonline.com.ar](http://www.rubinzalonline.com.ar), RC J 5571/2016.

21 “Ávila, Roberto Gabriel vs. Magalcuer S.A. y otros s. Despido”, CNAT, Sala IV, 02/03/2017, [www.rubinzalonline.com.ar](http://www.rubinzalonline.com.ar), RC J 4375/2017.

22 “Cantero, Ramona Eulalia y otros vs. Cedafa S.A. y otro s. Despido”, CNAT, Sala I, 14/09/2016, [www.rubinzalonline.com.ar](http://www.rubinzalonline.com.ar), RC J 6731/2016.

23 “Choque, Miriam Edith vs. Coppel S.A. s. Despido”, CNAT, Sala II, 08/02/2017, [www.rubinzalonline.com.ar](http://www.rubinzalonline.com.ar), RC J 3459/2017.

24 “Montenegro, Lucas Martín vs. Relincho S.A. s. Despido”, CNAT, Sala V, 11/07/2017, [www.rubinzalonline.com.ar](http://www.rubinzalonline.com.ar), RC J 5526/2017.

25 “Sosa, Luciano Mauricio vs. Senarega, Nelson s. Ordinario”, Segunda Cámara del Trabajo, San Rafael, 20/04/2011, [www.rubinzalonline.com.ar](http://www.rubinzalonline.com.ar), RC J 9944/2011.

26 “Oyhenart, Mónica Graciela vs. Frigo Cañuelas S.A. s. Despido”, CNAT, Sala V, 31/08/2018, [www.rubinzalonline.com.ar](http://www.rubinzalonline.com.ar), RC J 5644/2018.

27 “P., J. N. vs. P. A. S.R.L. s. Sumario”, Cámara de Apelaciones, Sala B, Comodoro Rivadavia, 26/04/2019, [www.rubinzalonline.com.ar](http://www.rubinzalonline.com.ar), RC J 6491/2019.

28 “Oscoco Mendes, Julia Andrea vs. Acqua Group S.R.L. y otro s. Despido”, CNAT, Sala I, 11/06/2019, [www.rubinzalonline.com.ar](http://www.rubinzalonline.com.ar), RC J 8013/2019.

inconductas imputadas al trabajador a los fines de fundar la extinción. Este proceder hace más gravosa la situación del empleador dado que el requisito de expresar con claridad la causal no se diluye ante la acumulación de inconductas denunciadas, por el contrario, la exigencia debe ser cumplimentada respecto de todas las expresadas.

Esta situación no debe confundirse con lo que puede ocurrir ya en la etapa probatoria, dónde al empleador puede bastarle con probar alguno de los hechos denunciados en la comunicación de despido para tener por acreditada una causal suficiente de justificación, ello así, siempre que los hechos narrados no se encuentren concatenados y sea imprescindible tener que probarlos a todos ellos para recién ahí tener por configurada la justa causa de despido<sup>29</sup>.

Resumiendo, si se invocan varias causales, todas deben cumplir con el requisito de claridad suficiente, ocurrido esto, puede bastarle al empleador probar sólo una de ellas para poder tener por justificado al despido dispuesto, siempre que la misma sea de una gravedad tal que no haya consentido la continuidad del vínculo.

#### D) *Excepciones*

Como una excepción a la directriz del art. 243, LCT, y siempre con la valoración del caso concreto y sus particularidades, se puede mencionar las comunicaciones de despido por acoso sexual o por expresar insultos discriminatorios, en tales supuestos no cabría, en principio, exigirle al empleador que ponga en conocimiento del trabajador a despedir un detalle pormenorizado de los hechos atribuidos ni la identidad del denunciante, ello a los fines de evitar su revictimización o un nuevo atropello a su privacidad<sup>30</sup>. Con esto no se sostiene ningún tipo de flexibilización del requisito analizado, dado que si bien el empleador puede omitir dar a conocer el agravio en concreto, debe brindar al trabajador todas las demás circunstancias en las cuales se produjo la agresión verbal o el acoso.

### VI. Respuesta jurisdiccional en la emergencia

La capital importancia de la “expresión suficiente” del motivo del distracto determina que los jueces llamados a intervenir en acciones de reincorporación con fundamento en el DNU 329/2020 y en el marco de un despido con deficiente invocación de causa, deban abocarse ab initio al examen de la comunicación extintiva a los fines de establecer si se cumple o no con la exigencia de indicar de manera detallada y autosuficiente la conducta injuriosa imputada al dependiente,

---

29 “Barrientos, Rosa Ramona vs. Barisol S.R.L. y otro s. Despido”, CNAT, Sala VII, 15/11/2018, [www.rubinzalonline.com.ar](http://www.rubinzalonline.com.ar), RD J 478/2019.

30 “S., S. G. vs. Grupo Ilhsa S.A. y otro s. Despido”, CNAT, Sala II, 06/03/2007, [www.rubinzalonline.com.ar](http://www.rubinzalonline.com.ar); RC J 679/2007; “M., J. J. vs. SAPISA s. Despido”, CNAT, Sala V, 12/03/2015, [www.rubinzalonline.com.ar](http://www.rubinzalonline.com.ar), RC J 3978/2015; “Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno vs. Morales, Pedro Domingo Gabriel s. Consignación”, CNAT, Sala V, 23/11/2018, [www.rubinzalonline.com.ar](http://www.rubinzalonline.com.ar), RC J 3634/2019.

so pena de consentir una evasión artera al sistema de protección ideado para este momento de marcada incertidumbre económica y social generada por el avance del COVID-19.

Nada mejor para significar esta necesidad que lo expresado por Sebastián Coppoletta: *“Si en los próximos 60 días, una persona es despedida en violación al art. 2 del DNU 329/2020 -ojalá que no- y deja de devengar y percibir salario, entonces el muy buen y justo juicio laboral que culmine en una excelente sentencia adecuadamente fundada y que disponga la nulidad del despido, la reinstalación y el pago de los salarios devengados y no percibidos dictada dentro de....¿2, 3,..5 años? no será la respuesta jurídica adecuada a la actual situación de necesidad y urgencia que justifica el DNU.”*<sup>31</sup>

Atento al contenido y finalidad de la legislación de emergencia, la apreciación de la suficiencia -o no- de la expresión de los motivos que originaron el distracto, llegará irremediamente tarde si es abordada recién en la sentencia de fondo y luego de un trámite prolongado. Por ello, y sin desconocer que dicha labor requerirá de la máxima prudencia y el mantenimiento del equilibrio que permita tutelar los derechos de ambos litigantes, a instancia de la parte trabajadora debe habilitarse el examen inicial del “juicio de suficiencia”. Sostener lo contrario, implicaría que todo lo expuesto en los Considerandos del DNU 329/2020 quedaría en letra muerta si se admitiera burlar la prohibición de despedir permitiendo, sin más, que el empleador se limite a indicar cualquier causa imprecisa que le permita extinguir el contrato de trabajo, arrastrando imperativamente al trabajador a atravesar todo un procedimiento ordinario para obtener una sentencia declarativa varios años después.

El análisis de los términos de la comunicación en una etapa inicial del proceso no resulta extraño a las normas procesales, y la posibilidad de su valoración se encuentra expresamente legislada en las provincias de Santa Fe, San Luis, Misiones y Chaco, cuyos códigos procesales laborales han establecido procedimientos declarativos con trámite abreviado (procedimientos monitorios). Así, en la enunciación de los supuestos de procedencia de tales procedimientos -y sin perjuicio de otros supuestos- se establece el despido con causa cuya invocación atente de modo evidente la carga de suficiente claridad o resulte manifiestamente inconsistente con la configuración legal de la injuria<sup>32</sup>. En estos procesos, el magistrado se vale de la documental aportada por el trabajador (intercambio telegráfico, recibos de sueldo, etc.) y decide sin más, si la comunicación extintiva cumplió con el mentado requisito y con ello da inicio a este proceso urgente.

---

31 Ver “DNU 329/2020: una oportunidad para que se luzca el Derecho Procesal del Trabajo... y las juezas y los jueces que lo apliquen” de Sebastián Coppoletta, en Dossier 3 del Suplemento Digital de la Revista de Derecho Laboral Actualidad, “El impacto del coronavirus en las relaciones laborales”, [www.rubinzalonline.com.ar](http://www.rubinzalonline.com.ar), RC D 1536/2020.

32 En el CPL de Santa Fe se encuentra regulado en el inc. a, art. 123; en el CPL de San Luis se encuentra regulado en el inc. a, art. 58; en el CPL de Misiones se encuentra regulado en el inc. a, art. 204 y en el CPL de Chaco se encuentra regulado en el art. 377.

La viabilidad de este tipo de procedimientos abreviados para plantear las pretensiones surgidas del DNU 329/2020 es sostenida por Sebastián Serrano Alou<sup>33</sup>, posibilidad que allanaría el camino a la consideración ab initio por parte de los jueces de este vital requisito, tal como lo expresé en el párrafo anterior.

A la fecha de esta colaboración, una serie de resoluciones judiciales emanadas de diferentes tribunales de nuestro país hicieron lugar a la reinstalación de los trabajadores tras considerar procedentes las medidas cautelares<sup>34</sup> interpuestas -unas en el marco de una acción de amparo<sup>35</sup> y otras en un juicio sumarísimo<sup>36</sup> o bien como medidas autosatisfactivas<sup>37</sup>.

En referencia a este último supuesto, cabe destacar lo resuelto en la causa “Espinoza, José Alfredo vs. TM S.A. s. Autosatisfactivas”<sup>38</sup> por el Juzgado Laboral N° 2 de la ciudad de Posadas en fecha 28/04/2020, en la cual se decidió admitir la medida autosatisfactiva interpuesta por el actor, declarando la nulidad del despido dispuesto por la firma empleadora y ordenando la reinstalación del trabajador a su puesto de trabajo en las mismas condiciones en las que se encontraba al momento de la extinción, más los salarios caído. La particularidad del caso radicó en que el despido con causa del actor fue comunicado sin expresar de manera clara y circunstanciada los motivos por los cuales el empleador decidió finalizar el vínculo.

En virtud de la expresiones vertidas por la accionada en la misiva rupturista<sup>39</sup>,

---

33 “El DNU 329/2020 y el procedimiento abreviado en la Provincia de Santa Fe”; Serrano Alou, Sebastián; [www.rubinzalonline.com.ar](http://www.rubinzalonline.com.ar), RC D 1810/2020.

34 “Pragana, Matías vs. Goliardos S.R.L. s. Medida cautelar”, Jzdo. Nac. Trabajo de Feria □ 24/04/2020, [www.rubinzalonline.com.ar](http://www.rubinzalonline.com.ar), RC J 1772/2020.

35 “Ojeda Benegas, Julio Rodrigo vs. Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s. Medida cautelar”, Jzdo. Federal de Resistencia 2, 07/04/2020, [www.rubinzalonline.com.ar](http://www.rubinzalonline.com.ar), RC J 1527/2020.

36 “Godoy, Hector Ricardo y otros vs. José Trento Vidrios S.R.L. s. Reinstalación” (Sumarísimo), Trib. Trab. N° 2 de San Miguel, Provincia de Buenos Aires, 12/05/2020, [www.rubinzalonline.com.ar](http://www.rubinzalonline.com.ar), RC J 2171/2020.

37 “Yori, Melisa vs. Adecco Argentina S.A. s. Medidas cautelares y preparatorias”, Jzdo. Laboral 4, Santa Fe, 28/04/2020, [www.rubinzalonline.com.ar](http://www.rubinzalonline.com.ar), RC 1820/2020; “Navarro, Ailen Nerea vs. Sava, Sofía s. Medida autosatisfactiva”, Jzdo. Laboral, Venado Tuerto, Provincia de Santa Fe, 11/05/2020, [www.rubinzalonline.com.ar](http://www.rubinzalonline.com.ar), RC J 2112/2020; “Bierma Gerben, Christian vs. La Agrícola S.A. s. Medida precautoria o cautelar”, Segunda Cámara del Trabajo de Mendoza, 11/05/2020, [www.rubinzalonline.com.ar](http://www.rubinzalonline.com.ar), RC J 2237/2020.

38 Disponible en [www.rubinzalonline.com.ar](http://www.rubinzalonline.com.ar), RC J 1786/2020.

39 “...que la Compañía ha realizado un estudio y seguimiento sobre su rendimiento en el trabajo en los últimos meses en virtud del cual ha podido comprobar que su desempeño ha sido insuficiente, estando muy lejos de lo que se esperaba de Usted en comparación con otros empleados que realizan misma tarea. Ud. ha incumplido con la realización de sus tareas habituales en tiempo y forma, no acatando las disposiciones, tareas y consignas indicadas por sus superiores; habiendo sido todo ello advertido por sus superiores en reiteradas oportunidades. Las situaciones e inconductas descriptas, resultan en una disminución voluntaria y continuada de su rendimiento y desempeño en el trabajo en perjuicio de la Compañía y de su actividad comercial, todo lo cual deviene inaceptable y contrario a sus deberes de buena fe y de dedicación adecuada a las características de su empleo...”.

el juez interviniente consideró que no se encontraban configurados los requisitos esenciales en la comunicación enviada para identificar los hechos imputados, evidenciando ello un incumplimiento incuestionable de la carga de suficiente claridad prevista en el art. 243, LCT; concluyendo que la decisión rupturista resultó injustificada, lo cual hizo operativo lo dispuesto por el art. 4, DNU 329/2020.

## **VII. Final abierto a modo de conclusión**

Sin intención de ser fatalista todo indica que la emergencia sanitaria será prolongada y profundizará las dificultades económicas que nuestro país venía atravesando hace varios años, con incidencia directa en la actividad productiva y en la pérdida de puestos de trabajo.

Las medidas tomadas por el PEN en materia laboral, que comenzaron con el DNU 34/2019 y el retorno de la doble indemnización, y que a mediados del mes de marzo de este año se incrementaron exponencialmente, seguramente serán prorrogadas hasta tanto los indicadores económicos indiquen algún tipo de recuperación sostenida (las prohibiciones del DNU 329/2020 al menos).

Mientras ello no ocurra, la responsabilidad de hacer cumplir los loables objetivos expresados en los Considerandos y en la letra de la norma analizada recaerá sobre los profesionales del derecho a los que les toque actuar en esta situación excepcional, algunos en defensa de las trabajadoras y los trabajadores despedidos y otros en función de la magistratura que ejercen.

Vale también mencionar a los abogados que representan a aquellos empleadores que transitan por una situación económica compleja y apremiante (me refiero al sector de las PyMEs y a los comercios y actividades no exceptuadas o que vieron severamente disminuidas sus ventas producto del ASPO), en la medida que ante la consulta para decidir el despido con causa de una persona en esta emergencia sanitaria y ocupacional (con los agravamientos que ya conocemos) deberán extremar el análisis jurídico de los hechos narrados, valorando la posibilidad de sancionar disciplinariamente o suspender de manera preventiva y remunerada al trabajador implicado, a los fines de recabar más información sobre lo sucedido y determinar con que pruebas se cuenta para, en un proceso posterior, poder acreditar el accionar injurioso.

Una de las llaves más importantes para imposibilitar la evasión a la prohibición temporal de despido analizada estará, vuelvo a insistir con esto, en el examen limitado del intercambio telegráfico por parte de los jueces a los que les toque intervenir, sin olvidar que serán los abogados y las abogadas que representen a las trabajadoras y trabajadores los responsables de exigir tal valoración inicial a la magistratura.

# COVID, AISLAMIENTO E HIPERCONECTIVIDAD

## UN CONTEXTO PROPICIO PARA PENSAR EL VALOR DE NUESTRO TIEMPO, EL SISTEMA NORMATIVO Y LAS RESPONSABILIDADES EMPRESARIALES

por Oscar E. BENITEZ<sup>1</sup>

RC D 1668/2020

*El paso del trabajo presencial al telemático masivo generado por las disposiciones del DNU 297/2020 puede exponernos a una jornada de trabajo sin fin afectando calidad de vida y salud de las personas que trabajan. ¿Qué respuestas podemos encontrar en el sistema normativo?*

“El tiempo del que disponemos cada día es elástico: las pasiones que sentimos lo dilatan; las que inspiramos lo encogen, y el hábito lo llena por completo”

MARCEL PROUST, *En busca del tiempo perdido*

### I. El desafío de la actualidad

“Me llegan los requerimientos a cualquier hora”, “Mi jefe vive solo y como no tiene nada que hacer todo el tiempo me está pidiendo cosas”, “El día no me alcanza, tengo más reuniones sociales hoy que cuando podía salir”, “Siento que trabajo más y rindo menos...”. Son algunas de las expresiones que leo en mi celular. Los emoticones que las acompañan son caras de cansancio, de enojo, de tristeza. La falta de tiempo puede ser peor que el encierro.

Pensar que cuando todo comenzó existía una sensación generalizada que el aislamiento sería algo así como unas vacaciones. Que tendríamos tiempo libre para hacer todas aquellas cosas que nunca podemos hacer. Incluso en los medios de comunicación y redes sociales se difundían tutoriales y *tips* para pasar el tiempo.

Dicen que cerca de 100 años atrás John Maynard Keynes imaginó que a comienzos del siglo XXI solo tendríamos que trabajar tres horas al día para cubrir todas nuestras necesidades. Esperaba que, a la larga, el progreso tecnológico solucionara el problema económico de satisfacer las necesidades materiales de la humanidad. Que emplearíamos solamente una fracción del esfuerzo laboral y el tiempo libre resultante generaría en la sociedad una “actitud espontánea y alegre ante la vida”<sup>2</sup>.

---

1 Abogado y docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Económicas de la Universidad de Buenos Aires (UBA).

2 WAJCMAN, Judy, *Esclavos del tiempo. Vidas aceleradas en la era del capitalismo digital*, Barcelona, 2017, pg 229.

Nada de ello ha sucedido, más bien todo lo contrario. La depresión, el trastorno por déficit de atención con hiperactividad (TDAH), el trastorno límite de la personalidad (TLP) o el síndrome de desgaste ocupacional (SDO) o burn out definen el panorama patológico de comienzos de este siglo<sup>3</sup>. Además la falta de control sobre el propio tiempo y el acceso desigual al ocio se identifican como importantes dimensiones de injusticia social<sup>4</sup>. “¿Para qué sirven las máquinas si no es para reducir el tiempo de trabajo y ampliar nuestros espacios de libertad? ¿Por qué el progreso tecnológico tiene que regalarnos desempleo y angustia?”<sup>5</sup> se preguntaba Eduardo Galeano a comienzos de este siglo. A veces el futuro es muy distinto de lo que se espera.

¿Qué sucede? ¿Se trabaja más desde la “comodidad del hogar”? ¿Cuál es la causa de esta sensación de desborde?

Para la socióloga australiana Judy Wacjman existen tres mecanismos que generan esta sensación de apremio:

“En primer lugar, *el volumen o duración del tiempo* requerido para completar los conjuntos de tareas de trabajo y de consumo constituye la base de la percepción sustantiva de sentirse apremiado; en segundo término la *desorganización temporal* es el resultado de las dificultades de coordinar unas prácticas sociales con otras; y en tercer lugar, *la densidad temporal* explica las experiencias de tiempo que pueden describirse como malabarismos y multitarea, es decir la distribución de ciertas prácticas en el marco de unos ritmos temporales que crean la sensación de intensidad en su realización”<sup>6</sup>

Claramente el aislamiento social, preventivo y obligatorio con su consecuente éxodo masivo del trabajo presencial al telemático, ha generado un contexto para que estos tres mecanismos se potencien.

Desde hace tiempo la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha reconocido que las Tecnologías de la Información y Comunicación (TICs) constituyen “un arma de doble filo”, pues si bien pueden ser una herramienta útil a los fines de conciliar la vida laboral y personal al permitir que las personas pasen “más tiempo en su casa que en el trabajo”, la capacidad que tienen para superar las fronteras espaciales y hacer que la distancia al trabajo sea un solo click<sup>7</sup> genera “la desaparición de las fronteras espaciales y temporales entre las esferas laboral y privada”,

---

3 HAN, Buyng-Chul, *La sociedad del cansancio*, Barcelona, 2017, pg. 13.

4 WAJCMAN, Judy, *Esclavos del tiempo...* ob. cit, pg. 15

5 GALEANO, Eduardo, *Un raro acto de cordura*, en *Los hijos de los días*, Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2012, pg.

6 WAJCMAN, Judy, *Esclavos del tiempo...* ob. cit, pg. 114.

7 AZÓCAR SIMONET, Rodrigo, *El derecho a la desconexión del trabajo. Análisis desde la perspectiva chilena*, ponencia presentada en el Encuentro Latinoamericano de Jóvenes Juristas, Montevideo, 2018, disponible en [www.jovenesjuristas.net](http://www.jovenesjuristas.net).

propiciando que los asuntos laborales “colonizen los tiempos y espacios antaño reservados a la vida familiar”<sup>8</sup> y la extensión de la jornada laboral<sup>9</sup>.

Por otro lado, el aislamiento masivo ha producido cierto estado de *desorganización social* que atenta contra la efectiva coordinación de las actividades.

No puede perderse de vista que nuestra estructura social aún se encuentra organizada en base al modelo temporal de la sociedad industrial, donde el valor otorgado al tiempo de trabajo remunerado tiene prioridad en el ordenamiento de la vida de las personas, moldeando preponderantemente identidades y sistemas de organización social<sup>10</sup>. De allí que cuando la jornada de trabajo que se realiza en las instalaciones del empleador, además de una institución jurídica, es una institución social que nos permite regular “nuestras vidas en bloques de tiempo y espacio separados”<sup>11</sup>. Trabajar desde nuestros hogares hace que esa línea se desvanezca.

A dicho desbarajuste debe adicionarse la suspensión de las clases y lugares de cuidado, así como la imposibilidad de prestar servicios del personal de casas particulares, circunstancias que generan que las personas con responsabilidades familiares se vean obligadas a hacer *malabares* para poder ocuparse del trabajo remunerado y no remunerado.

Todo este contexto propicia la “fractalización”<sup>12</sup> del tiempo de trabajo, generándose la sensación de un trabajo sin fin.

“¿Hay alguien que sienta que con la cuarentena trabaja más en casa que en la oficina?” pregunto en las redes sociales. “Yo!!! *Las tareas de la casa, ayudar a mi hija y trabajar. No se para en todo el día!*”; “*Hago de profesora de secundario de 13 materias de la mayor... de primaria de los otros dos. Limpio. Cocino. Lavo y encima trabajo virtual...la cuarentena es terrible!*”; “*Definitivamente, se trabaja más!*”, leo entre las cientos de respuestas.

## II. Los reclamos normativos

Desde que la tecnología digital ha posibilitado que el lugar de trabajo se traslade del espacio físico al virtual, mucho se ha dicho sobre los pro y los contra del trabajo telemático.

---

8 WAJCMAN...ob. Cit. pg. 198

9 Oficina Internacional del Trabajo (2015). Iniciativa del centenario relativa al futuro del trabajo. Memoria del Director General. Conferencia Internacional del Trabajo. 104ª reunión, 2015 Informe I, disponible en [www.ilo.org](http://www.ilo.org)

10 LONGO, María Eugenia “Un tiempo incierto. La socialización en el trabajo en un contexto de transformaciones” Asociación Argentina de Especialistas en el Estudio del Trabajo. Séptimo Congreso Nacional de Estudios del Trabajo.

11 WAJCMAN, Judy, Esclavos del tiempo... ob. cit, pgs. 236/237.

12 BERARDI, Franco, Fenomenología del fin. Sensibilidad y mutación conectiva, Caja Negra, Buenos Aires, 2017.pg. 223.

Es que indudablemente esta modalidad laboral puede mejorar nuestra calidad de vida al reducir los desplazamientos en distintos medios de transporte -con la consiguiente disminución de la contaminación ambiental y beneficios para el tránsito vehicular y nivel de estrés por menor cantidad de traslados- haciéndonos ahorrar tiempo y dinero y –al parecer- reducir contingencias generadas por situaciones de pandemia<sup>13</sup>. Ahora bien, si el trabajo telemático no va acompañado de pautas de conductas eficaces que sean capaces de modificar ciertas prácticas sociales, también puede afectar ciertos Derechos Fundamentales de las personas que trabajan.

El aislamiento social preventivo y obligatorio nos ha impulsado forzosamente a esta modalidad laboral al decretarse que las personas deberán abstenerse de concurrir a sus lugares de trabajo.

Ninguna ley específica reglamenta esta modalidad de trabajo de manera detallada en nuestro país y las incomodidades ya comienzan a observarse. Las Resoluciones 219/2020 y 279/2020 se limitaron a manifestar “cuando sus tareas u otras análogas puedan ser realizadas desde el lugar de aislamiento deberán en el marco de la buena fe contractual” debiendo las personas que trabajan “establecer con su empleador las condiciones en que dicha labor será realizada”. Ya sabemos lo que sucede cuando las personas que trabajan en relación de dependencia deben negociar sus condiciones de trabajo en situaciones de crisis.

Por ello, en distintos ámbitos y medios de comunicación se ha comenzado a plantear la necesidad de incluir en agenda la tratativa de derechos laborales 4.0., especialmente el derecho a conciliar la vida laboral con la personal y el derecho a la desconexión digital, por considerar que constituyen una deuda pendiente con la sociedad<sup>14</sup>.

Sin embargo, ambos derechos actualmente son plenamente exigibles conforme el sistema normativo que tenemos en la actualidad.

### **III. El derecho a conciliar la vida laboral con la personal**

La tan comentada reforma constitucional de 1994 con su denominado “bloque de constitucionalidad”<sup>15</sup>, así como la integración que a partir del año 2004 hiciera la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) de las prescripciones normativas que se encuentran en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) han modificado sustancial-

---

13 DÍAZ, Viviana, El modelo TCR y la negociación colectiva. Análisis del nuevo convenio colectivo de trabajo inclusivo del trabajo conectado remoto, Publicado en: RDLSS 2018-17, 14/09/2018, 1629.

14 Ver por ejemplo Sofia Scasserra en Revista Anfibia, “Coronavirus y Trabajo a distancia, Los nuevos hámster de las plataformas digitales”, disponible en <http://revistaanfibia.com/ensayo/hamsters-plataformas-teletrabajo/>

15 Término al que la doctrina se ha referido a los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos mencionados en el art. 75:22 de la Constitución Nacional.

mente nuestro sistema normativo permitiendo que el Derecho del Trabajo -amen de continuar entendiéndose como una rama del Derecho privado- también pueda ser presentado como la reglamentación del Derecho Constitucional<sup>16</sup>.

Esta nueva perspectiva de abordaje<sup>17</sup> ha dado lugar a una amplia revisión de los principios y valores<sup>18</sup> que se ponen en juego en el seno de las relaciones laborales y afianza sobre el sistema normativo las bases conceptuales para la constitución del Estado Constitucional, Social, Democrático y Antropocéntrico de Derecho, el cual se caracteriza fundamentalmente por “conceptualizar a los textos Constitucionales como normas jurídicas y, a partir de allí, de promover e impulsar la exigibilidad y aplicabilidad plena, directa y sin distinciones, de todas las prescripciones que ella contiene”<sup>19</sup>.

Este nuevo estadio en el sistema normativo ha permitido el desarrollo de las nociones de *Igualdad y Ciudadanía en la empresa*, que constituyen construcciones conceptuales que indican no solo que los Derechos Fundamentales de la persona que trabaja deben considerarse y respetarse dentro del estrecho marco obligacional del contrato de trabajo, sino que los mismos operan dentro de la empresa como límite y contrapeso del poder jerárquico del empleador reconocido por la Ley de Contrato de Trabajo (LCT).

Dicha concepción, si bien reconoce las potestades que el sistema normativo otorga al empleador en la dirección, organización y fiscalización del trabajo, descarta la idea de un dependiente absolutamente pasivo que solo se limita a obedecer y lo empodera como una persona en situación de trabajo que también tiene derecho a dirigir sus conductas aún dentro de una organización que le es ajena. Así se genera una redimensión del criterio de “funcionalidad”, concepto al cual se ha recurrido tradicionalmente dentro de la doctrina y jurisprudencia laboralista para analizar la razonabilidad de las decisiones empresariales en la experiencia jurídica, invalidando aquellas que respondían al interés particular del empleador y no a las necesidades de la organización<sup>20</sup>.

---

16 “Igualdad y Ciudadanía en el Trabajo como bases conceptuales para el Derecho del Trabajo”. Informe Nacional para el Tema III, elaborado por la Delegación Argentina de la Sección Jóvenes Juristas de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Cape Town 2015), ob. cit.

17 Reflejada con claridad en “Vizzoti Carlos Alberto c/ Amsa S.A.” de fecha 14/09/2004 (Fallos: 327:3677) y “Ramos; Jose Luis c/ Estado Nacional (Ministerio de Defensa) ARA” de fecha 06/04/2010 (Fallos 333:311).

18 Ver ARESE, Cesar, *Derechos Humanos Laborales*, Santa Fé, 2014.

19 “La protección del derecho a la propia imagen del trabajador” Informe Argentino a las XX Jornadas Rioplatenses de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Sección Jóvenes Juristas de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Colonia, 2017, publicado en [www.jovenesjuristas.net](http://www.jovenesjuristas.net).

20 “Pensando el Futuro del Derecho del Trabajo: la conciliación entre el trabajo y la vida personal” Enfoque desde el Derecho Individual. Informe Nacional para el Tema I, elaborado por la Delegación Argentina de la Sección Jóvenes Juristas de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social para el Segundo Encuentro Latinoamericano de Jóvenes Juristas

Dichas abstractas consideraciones pueden verse concretadas con claridad con la integración que en algunos casos los jueces del trabajo hacen del sistema normativo cuando se procede a la afectación de un Derecho Fundamental, especialmente cuando se quebranta el derecho a la no discriminación, o aquellos derechos relacionados con el plan de vida de las personas.

En efecto, el reconocimiento por parte de la jurisprudencia del derecho de las personas que trabajan a exigirle al empleador un cambio de lugar de tareas en virtud del ejercicio del derecho a la planificación familiar<sup>21</sup> o el derecho a exigir el cambio de días de trabajo para el ejercicio de su libertad de culto<sup>22</sup> -siempre que el dador del trabajo no puede dar razones fundadas para la denegación del pedido- dan cuenta de este cambio de paradigma y nos presenta un versión local pretoriana de lo que en otros países se conoce como el derecho a conciliar la vida laboral con la personal.

#### IV. La desconexión digital

El “derecho” a la desconexión, entendido como el derecho que tienen los trabajadores dependientes a no ser instados a trabajar ni ser requerido por cualquier medio -especialmente digitales o electrónicos- fuera de su jornada de trabajo y no sufrir represalias por su ejercicio<sup>23</sup>, también se encuentra consagrado en nuestro sistema normativo.

En efecto, tal como unánimemente lo viene entendiendo la doctrina latinoamericana<sup>24</sup> el derecho a la desconexión puede ser analizado desde la perspectiva de la regulación de la jornada de trabajo y no constituye un derecho “nuevo”, “distinto” o “autónomo” surgido recién de la mano de la tecnología digital, sino que se trata de una expresión contemporánea del derecho a no estar disponibles para el empleador cuando finaliza la jornada de trabajo. En este sentido, resulta aplicable el art. 203

---

(Montevideo, 2018) disponible en [www.jovenesjuristas.net](http://www.jovenesjuristas.net).

21 CNAT, Sala VIII, en “Palmiotti, Mónica c/ OSPLAD” de fecha 11/11/2011.

22 S.C.B.A., en “Belotto, Rosa E. contra Asociación Bancaria (S.E.B.) s/ Despido” de fecha 3/12/2014. En este caso “la Suprema Corte de Buenos Aires confirmó una sentencia del Tribunal de Trabajo N° 1 del Departamento Judicial de Dolores que convalidó el despido indirecto decidido por una trabajadora adscripta a la Iglesia Adventista; culto que prescribe la prohibición de trabajar desde la puesta del sol del viernes hasta la puesta de sol del sábado” (“Pensando el Futuro del Derecho del Trabajo: la conciliación entre el trabajo y la vida personal” ob. cit).

23 AZÓCAR SIMONET, Rodrigo, El derecho a la desconexión del trabajo. Análisis desde la perspectiva chilena, ponencia presentada en el Encuentro Latinoamericano de Jóvenes Juristas, Montevideo, 2018, disponible en [www.jovenesjuristas.net](http://www.jovenesjuristas.net).

24 GARCIA, Héctor Omar, Derecho a la desconexión digital examen crítico de un derecho de generación 4.0 y su inserción en el contrato de trabajo y el convenio colectivo, Revista de doctrina, jurisprudencia e informaciones sociales, Montevideo, 2019, págs. 9/42; ROSENBAUM CARLI, Federico, El “derecho” a la desconexión, ponencia presentada en el Congreso Mundial Cielo, Montevideo, 2018; BENITEZ, Oscar Eduardo, Primeras reflexiones sobre el derecho a la desconexión ¿nuevo derecho o vieja obligación?, RDL 2019-1 págs. 217/230; y AZÓCAR SIMONET, Rodrigo, El derecho a la desconexión... ob. Cit, entre otros.

de la LCT que establece que, salvo circunstancias excepcionales, las personas que trabajan no están obligadas a prestar servicios en horas suplementarias.

Por supuesto, habrá que analizar cada caso en particular si el contexto que se está atravesando realmente se justifica la exigencia de una ampliación de la jornada, pero cabe advertir que en caso de no ser así y se obligue a un dependiente a la realización de horas suplementarias bajo amenaza de despido se estará en presencia de un caso de trabajo forzoso<sup>25</sup>.

Pero la desconexión digital no solo puede ser vista desde la perspectiva de la jornada de trabajo, sino también desde la obligación empresarial vinculada a los deberes de prevención, seguridad e indemnidad.

En los últimos años en nuestro país se ha venido desarrollando a nivel jurisprudencial y doctrinal<sup>26</sup> una tendencia que admite junto a los riesgos laborales clásicos -ergonomía, seguridad e higiene- la existencia de los factores de riesgo psicosocial derivados de las nuevas formas de organización del trabajo<sup>27</sup>. Se trata de riesgos que se generan como consecuencia de nuestra actividad social y se trasladan al mundo del trabajo.

La violencia analizada desde una perspectiva estructural y transversal es el mayor exponente de esta problemática, pero la utilización de las TICs tiene un papel estelar, y no solo por fenómenos como el ciberacoso, sino por las consecuencias que la hiperconectividad genera a la salud.

Hoy por hoy, los nuevos riesgos asociados al tiempo de trabajo son múltiples. Por un lado tenemos los efectos crónicos de la fatiga, las enfermedades cardiovasculares, trastornos gastrointestinales y estados de salud mental que implican niveles altos de ansiedad, depresión y trastornos del sueño<sup>28</sup>, pero también deben considerarse las consecuencias a la salud que acarrearán el uso irresponsable de las TICs, que van desde generación de adicciones conductuales -que presentan un perfil clínico similar al de las adicciones químicas o drogodependencias- como la nomofobia, tecnofobia, tecnoadicción, tecnofatiga, tecnoansiedad, tecnoestrés<sup>29</sup>, hasta trastornos musculoesqueléticos, lesiones oculares, riesgos asociados al sedentarismo, riesgos de sobre exposición a las ondas electromagnéticas<sup>30</sup>.

---

25 .- Ver en este sentido, dictamen de la Observación individual sobre Convenio 29 de la Comisión de Expertos de la OIT a Guatemala publicada en el año 2010, citada en BRONSTEIN, Arturo, *Derecho Internacional del Trabajo*, Buenos Aires, 2013, pg. 247.

26 LIVELLARA, Carlos Alberto, *El deber de prevención del empleador respecto de los riesgos psicosociales derivados del trabajo*, RC D 2463/2012.

27 RODRÍGUEZ COPÉ, María Luisa, *Prácticas de empresa sobre la prevención del acoso, en Acoso moral en el trabajo*, CORREA CARRASCO, Manuel (Coordinador), Navarra, 2006, p. 121.

28 Tal es la evidencia que el informe de 2019 de la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo: Trabajar para un futuro prometedor, OIT, 2019, disponible el [www.ilo.org](http://www.ilo.org).

29 MELLA MENDEZ, Lourdes, *Nuevas tecnologías y nuevos retos para la conciliación y la salud de los trabajadores*, en *Trabajo y Derecho*, 2016, n. 16, pp. 32-33.

30 ARAGÜEZ VALENZUELA, Lucia, *El impacto de las tecnologías de la información y de la*

## V. En definitiva todo es cuestión de tiempo

Al leer los mensajes en las redes sociales se vino a mi memoria la expresión de Helga Nowotny que en su obra clásica *Time* sostenía: “el reto para la ciudadanos modernos, propensos a sentirse cada vez más apremiados, es encontrar tiempo para sí mismos”<sup>31</sup>.

Todo parece indicar que en la era del trabajo descarnado de la época del software<sup>32</sup> el desafío seguirá siendo encontrar ese tiempo. Esta es la sensación que puede percibirse en este presente que como decía Borges tiene su cuota de pasado y su cuota de futuro<sup>33</sup>.

¿Qué puede hacer el Derecho del Trabajo ante ello?

Sin dudas la forma en que se percibe el tiempo constituye una experiencia subjetiva y, como la felicidad, no existe ley que pueda cambiarla. Sin embargo, la organización del trabajo y la forma en que se interactúa con las TICs son determinantes en esa percepción.

La cuarentena ordenada por decreto presidencial ha generado el movimiento de ciertas placas tectónicas en el mundo del trabajo, poniendo en evidencia –una vez más– que la buena fe contractual es insuficiente para regular las condiciones de trabajo por cuenta ajena. Que para lograr la eficacia de los derechos que el sistema normativo consagra es necesario el establecimiento de pautas de conductas que no dependan de la voluntad de las partes. De allí que sean legítimos y entendibles los reclamos de regulación.

De todas maneras ello no debe confundirnos. Dicha regulación responde a un criterio de eficacia, no de validez. La capacitación, la instrumentación de mecanismos que permitan la efectiva conciliación entre vida laboral y personal, la desconexión digital, constituyen herramientas claves para enfrentar las circunstancias sociales que nos toca atravesar y forman parte del marco obligacional que actualmente el sistema normativo impone a los empleadores a fin de garantizar el efectivo goce de los Derechos Fundamentales. Para que las personas que trabajan puedan exigir su cumplimiento no hacen falta nuevas leyes. Es más, la desconsideración de las empresas frente a legítimos reclamos transforma lo que podría ser una omisión en un comportamiento inaceptable (art. 1, Convenio 190 OIT).

---

comunicación en el tiempo de trabajo: una especial referencia a la desconexión digital, en MIRANDA BOTO, Jose Maria (Director), *El derecho del trabajo español ante el Tribunal de Justicia: problemas y soluciones*, Madrid, 2018, pp. 393.

31 NOWOTNY, Helga, *Time: The Modern and Postmodern experience*, Cambridge, 2005, pg. 18.

32 BAUMAN, Zygmunt, *Modernidad Líquida* (Buenos Aires, 2007), pg. 130.

33 BORGES, Jorge Luis, *El tiempo*, conferencia publicada en *Borges Oral*, Buenos Aires, 2016, pg. 319.

# EMERGENCIA Y PROTECCIÓN DEL TRABAJO *EN TODAS SUS FORMAS*

## La Resolución MTESS 279/2020 y ccs. y los trabajadores “no dependientes”

por Ramiro R. RUIZ FERNANDEZ<sup>1</sup>

RCD 1559/2020

*En el presente trabajo se reflexiona sobre las disposiciones de derecho de emergencia dictadas como consecuencia de la crisis sanitaria del covid-19 y en particular su incidencia respecto de los trabajadores y trabajadoras de prestación continua bajo figuras “no dependientes”, como así también algunas implicancias sobre los dependientes precarizados y no regularizados.*

### I. Introducción

Corren tiempos de pandemia declarada, crisis económica y aislamiento social prorrogado y administrado, pero a la parálisis social se le contraponen un febril fenómeno de profusión de legislación de emergencia.

Necesariamente, se produce abundante e indispensable contenido doctrinario sobre la legislación excepcional dictada con premura y no siempre con la mayor prolijidad, destinada a regir en forma transitoria y durante un lapso de tiempo aún indeterminado.

Es menester entonces procurar armonizar las normas de emergencia con aquellas constitutivas del derecho ordinario lo cual no es tarea fácil dado que los cuerpos legislativos de fondo regulan instituciones con vocación de permanencia, mientras que el derecho *de crisis* está destinado a regir esencialmente durante la emergencia y para la excepción.

Asumiendo la dificultad de la tarea y destacando suficientemente la efímera vida que puede tener la legislación de emergencia, nos permitimos realizar algunas reflexiones sobre el universo de trabajadores y trabajadoras alcanzados por el DNU 297/2020 prorrogado por los DNU 325/2020, 355/2020 y 408/2020 y en particular sobre los “no dependientes” en correspondencia con la resolución reglamentaria MTESS 279/2020- y el decreto “antidespidos” DNU 329/2020.

---

1 Abogado litigante desde el año 2000 hasta la actualidad, con desempeño profesional en la atención de trabajadores y asociaciones sindicales. Especialista en Derecho del Trabajo con título otorgado por la Carrera de posgrado en Derecho del Trabajo de la Universidad Nacional de Rosario. Asociado fundador y actual Vicepresidente de la Filial Rosario de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y Seguridad Rosario. Participante de numerosas actividades académicas de Derecho Laboral como expositor. Autor de publicaciones en revistas y obras de derecho procesal laboral y derecho del trabajo.

## II. El DNU 297/2020 y su ámbito de aplicación

Conforme lo establece el art. 1 del DNU 297/2020 del 19 de marzo de 2020 el aislamiento social, preventivo y obligatorio -prorrogado a la fecha del presente trabajo hasta el 10/05/2020- se aplica a *todas las personas que habitan en el país o se encuentren en él*.

Su art. 2 dispone en forma expresa la obligación de todas las personas de *abstenerse de concurrir a sus lugares de trabajo*, sin distinguir al respecto el régimen normativo aplicable.

La excepción se encontraba originalmente establecida en el art. 6 del DNU 297/20 luego ampliado por decisiones administrativas, en las cuales se exceptúa del cumplimiento del “aislamiento social, preventivo y obligatorio” y de la prohibición de circular a las personas afectadas a determinadas actividades y servicios.

## III. La Resolución MTESS 279/2020

La Resolución MTESS 279/2020 dispone<sup>2</sup> que los trabajadores y trabajadoras:

- se encuentran dispensados del deber de asistencia al lugar de trabajo -con prohibición legal expresa en su art. 6- salvo para el caso de las excepciones expresamente incorporadas en los términos del art. 6 del DNU 297/20 y las Decisiones Administrativas JGM 429/2020, 450/2020, 467/2020, 468/2020, 490/2020, 524/2020, 607/2020, 622/2020, y 625/2020.
- tienen derecho al goce íntegro de sus remuneraciones, que son considerados remunerativos conforme lo establecido en la Resolución 279/2020<sup>3</sup>.
- cuando sus tareas u otras análogas puedan ser realizadas desde el lugar de aislamiento, deberán establecer las condiciones en que será realizada su labor con su empleador y en el marco de la buena fe contractual.
- cuando presten servicios en actividades y servicios declarados esenciales por el art. 6 del DNU 297/20 -y sus posteriores ampliaciones-, serán considerados personal esencial, siendo la continuidad de estas actividades una exigencia excepcional de la economía nacional.
- la reorganización de la jornada de trabajo en las actividades esenciales será considerada ejercicio razonable de las facultades del empleador.

La normativa es de evidente aplicación para todas las relaciones de empleo público y para todos los regímenes de trabajo en la órbita del empleo privado (Ley

---

2 Tal como lo establecían en el mismo sentido sus Resoluciones antecedentes N° 202/2020, 207/2020, y 219/2020.

3 Ello sin perjuicio de lo establecido en el art. 3 del DNU 329/20 en relación la asignación de carácter no remunerativo de la prestación de trabajadores que no presten tareas conforme lo establecido en el art. 223 bis de la LCT.

20.744, empleados de casas particulares, trabajo rural, estatutos especiales, etc.), pero además la 279/2020 del MTESS amplía su órbita de aplicación a quienes *presten servicios de forma continua bajo figuras no dependientes* en sus art. 3, lo cual acarrea algunas consecuencias sobre las cuales resulta importante reparar.

#### **IV. Sujetos comprendidos**

La Resolución 279/2020 del MTESS, dictada por el Sr. Ministro de Trabajo Empleo y Seguridad Social dentro del marco reglamentario de la emergencia sanitaria, tiene la particularidad de equiparar a los efectos de su aplicación a trabajadores y trabajadoras dependientes y “no dependientes” ampliando el alcance de sus disposiciones a personas que técnicamente se encuentran fuera del ámbito de aplicación de los regímenes normativos de empleo público y privado.

En tal sentido el art. 3 de la Resolución 279/2020 del MTESS define a los sujetos comprendidos en la extensión normativa como *quienes presten servicios de forma continua bajo figuras no dependientes*.

La exigencia de *continuidad* en la prestación de servicios se vincula con la periodicidad y regularidad de la realización de tareas, quedando en principio excluidos los servicios prestados en forma esporádica, discontinua o intermitente. No obstante ello, entendemos que para que se verifique la continuidad en la prestación del servicio, no necesariamente éstos deben cumplirse todos los días, ni requerirse una jornada horaria determinada, bastando con determinada regularidad.

El segundo extremo de la norma se encuentra constituido por la instrumentación contractual de la prestación de servicios mediante *figuras no dependientes*. La disposición realiza una enumeración meramente ejemplificativa de figuras “no dependientes” ya que su enunciación se encuentra precedida por la palabra *como*.

#### **V. Figuras expresamente enumeradas**

La Resolución 279/2020 del MTESS refiere en su art. 3 en forma expresa a:

- *Locaciones de servicio reguladas por el Decreto 1109/17*. Se trata de contrataciones del Estado Nacional correspondientes a profesionales necesarios para el desarrollo de tareas, estudios, proyectos o programas especiales, con plazo determinado de duración cuyo máximo es de 12 meses, con posibilidad de renovación. La prestación debe tener por objeto la prestación de servicios especializados, técnicos o profesionales, no pudiendo efectuarse contrataciones para el desarrollo de actividades administrativas. Se puede establecer una jornada de prestación completa de servicios de ocho horas y una mínima de 4 horas.
- *Locaciones de servicio que se desarrollen en forma análoga en el sector*

*privado*. La norma refiere al contrato de servicios regido por el Código Civil y Comercial, previsto sólo para el caso en que los servicios no sean prestados en relación de dependencia, dado que de lo contrario su regulación cae bajo la órbita del derecho laboral conforme lo establecido expresamente por el art. 1252 del CCC -y por supuesto- el art. 23 de la LCT<sup>4</sup>.

- *Prestaciones resultantes de becas en lugares de trabajo y pasantías*. Las pasantías educativas se encuentran reguladas por la Ley 26.427 y comprenden una modalidad contractual formativa expresamente excluida de la laboralidad, correspondiente a actividades que realizan los estudiantes en empresas y organismos públicos, o empresas privadas con personería jurídica, sustantivamente relacionadas con la propuesta curricular de los estudios cursados en unidades educativas, con cumplimiento de determinados requisitos de celebración y duración y cumplimiento de su finalidad formativa. Las becas son mencionadas en el art. 7 de la Ley. 24.241 donde se refiere que las asignaciones pagadas por tal concepto no constituyen remuneración.
- *Residencias médicas comprendidas en la Ley 22.127*. Se trata de la ley nacional de residencias médicas que deben ser cumplidas mediante una beca anual remunerada y bajo un régimen de actividad a tiempo completo y con dedicación exclusiva por parte del residente. La formación es realizada por medio de los profesionales de los establecimientos, que deben brindar capacitación, adjudicación y supervisión personal de los actos de progresiva complejidad que encomiendan.
- *Casos de pluriempleo o múltiples receptores de servicios*. Este supuesto sólo puede referir a múltiples locaciones de servicio, excluyéndose los casos estrictos de pluriempleo en los que existen dos o más relaciones laborales en sentido estricto.

## VI. Derechos y obligaciones asimiladas

La normativa de emergencia resuelve extender a la prestación de servicios en forma continua bajo figuras “no dependientes” una serie de derechos y deberes que usualmente sólo se encuentran presentes -en circunstancias “normales”- en la regulación del trabajo dependiente en sentido estricto:

- conforme lo establecido en la Resolución MTESS 279/2020 aún cuando tengan prohibido o estén dispensados de concurrir a los lugares de trabajo y no presten tareas, tienen derecho a percibir sus *remuneraciones o ingresos*. Obviamente, también cobrarán su retribución si tienen la posibilidad de

---

4 Aunque exceda el objeto del presente trabajo, no podemos dejar de llamar la atención respecto a la alusión al desarrollo de las locaciones del sector privado *en forma análoga* a las del Decreto 1109/17 dado que el propio decreto expresamente contiene típicas notas de la relación de dependencia (jornada, ajenidad en los riesgos, etc.).

prestar tareas desde el lugar de aislamiento, o si sus tareas encuadran dentro de las actividades esenciales. (cfr. art. 6 Resolución MTESS 279/2020). Este derecho a la retribución previsto por la situación de emergencia sanitaria debe prevalecer sobre cualquier otra disposición en contrario.

- en caso de ser posible el teletrabajo se deberá establecer con el sujeto destinatario de los servicios la forma de su realización, dentro del marco de la buena fe contractual de la figura que se trate (art. 1 de la Resolución MTESS 279/2020).
- aquellos que presten servicios dentro de las actividades esenciales -cfr. art. 6 del DNU 297/2020 y sus ampliaciones- deben continuar realizando sus tareas en forma efectiva (art. 2 de la Resolución MTESS 279/2020).
- deben aceptar -siempre dentro de condiciones de razonabilidad- la reorganización de sus horarios de trabajo a los efectos de garantizar la realización de las actividades declaradas esenciales (art. 4 de la Resolución MTESS 279/2020)

Corresponde destacar que la normativa de emergencia garantiza los ingresos de los trabajadores y trabajadoras de prestación continua no dependiente equiparándolos a los dependientes “en sentido estricto” y a la vez los supedita al cumplimiento de instrucciones y a la continuidad de sus tareas en caso de que se desempeñen en actividades declaradas esenciales.

## VII. Los trabajadores y trabajadoras precarizados y no registrados

Estas sucintas reflexiones sobre la situación de los trabajadores y trabajadoras en la emergencia sanitaria no pueden dejar de contemplar la situación de los trabajadores y trabajadoras precarizados y aún de los directamente no registrados, que constituyen un fenómeno cuantioso e incontrastable de la realidad laboral de nuestro país.

Así, al repasar las figuras *no dependientes* enunciadas en el art. 3 de la Resolución 279/2020, nos cuesta imaginar que se respeten sus límites -algunos de los cuales resultan de por sí constitucionalmente cuestionables- y que no se utilicen estas contrataciones “no laborales” para encubrir relaciones de dependencia atrapadas en la realidad por las normas tuitivas de derecho del trabajo, tanto en el ámbito público como en el privado.

Para ejemplificar la cuestión, podemos tomar el caso -entre muchos otros- de los trabajadores y trabajadoras *de apps* que se encargan del reparto *a domicilio de alimentos, medicamentos, productos de higiene, de limpieza y otros insumos de necesidad* declarada actividad esencial en el punto 19 del art. 6 del DNU 297/2020, que encuadrarían -solo formalmente- en la prestación de servicios continuos no dependientes.

Coincidimos plenamente con aquellos que ven un vínculo laboral dependiente

liso y llano en este tipo de trabajadores y trabajadoras<sup>5</sup> con el agravante de que en la apremiante situación actual se suma al riesgo de la conducción en la vía pública el de la exposición al contagio de covid-19, sin que cuenten con cobertura en materia de riesgos del trabajo<sup>6</sup>.

Tanto en el ejemplo brindado como en cualquier otro en que se utilicen figuras no laborales o se excedan sus límites, los trabajadores y trabajadoras no registrados tienen derecho a demandar en todo momento la aplicación de la normativa de orden público laboral.

Particular gravedad señalamos -en consonancia con otras tantas voces- para el caso del personal de la salud -profesionales y demás empleados- no reconocidos como dependientes, absolutamente desprotegidos en el ámbito laboral y también para las hipótesis de contagio.

En todos los casos trabajadores y trabajadoras precarizados y no registrados podrán solicitar siempre la regularización de sus vínculos, teniendo la facultad de optar -si así lo deciden- por considerarse despedidos y reclamar las indemnizaciones correspondientes.

No desconocemos sin embargo que en la mayoría de los casos de figuras no laborales fraudulentas o trabajo clandestino, mientras se encuentre vigente la relación el trabajador o trabajadora no podrán requerir en forma efectiva el amparo de las normas laborales de orden público por el riesgo de perder su fuente de ingresos inmediata.

Pero ello no podrá implicar mengua alguna respecto del carácter irrenunciable de los derechos laborales y su consecuente invocación el momento que sea posible, con la consecuente imposibilidad de la alegación de la doctrina de los propios actos o del consentimiento por el transcurso del tiempo en perjuicio del trabajador.

### **VIII. El Decreto “antidespidos”**

Corresponde señalar debidamente que por el plazo de 60 días contados a partir de la fecha de publicación del DNU 329/2020 -hasta el 29 de mayo de 2020-, se encuentra prohibida la posibilidad patronal de decidir despidos sin expresión de causa y despidos o suspensiones por falta o disminución de trabajo y fuerza mayor.

Sin desconocer las dificultades probatorias y aquellas derivadas de la heterodoxia del planteo, lo cierto es que el derecho a estabilidad durante la emergencia establecido por el DNU 329/2020 le corresponde a todos los trabajadores y trabajadoras, y quizás

---

5 Ver Cuadrado, Aníbal, “Personas, trabajo y Apps - Fraudes modernos sobre ruedas”, [www.rubinzalonline.com.ar](http://www.rubinzalonline.com.ar), RC D 1241/2019 - Revista de Derecho Laboral Actualidad, Tomo 2019-2.

6 Tal como sí tienen los trabajadores dependientes conforme lo establecido -con sus deficiencias- por el DNU 367/20.

con mayor razón aún a aquellos precarizados mediante la utilización fraudulenta de una figura no laboral o directamente no inscriptos.

Por ello no existe argumento que pueda justificar la denegación de la aplicación de las normas laborales protectorias a todos aquellos trabajadores y trabajadoras cuyo desempeño sea en la realidad efectuado en forma dependiente, se encuentren o no formal y debidamente inscriptos.

## IX. A modo de conclusión

Hemos considerado someramente el tratamiento que la legislación de emergencia otorga al trabajo dependiente y aún a aquel que se efectúa bajo figuras formalmente no laborales, el cual también se encuentra supeditado al cumplimiento de los fines sociales y a la realización del bien común, mereciendo -sin lugar a dudas- la más amplia protección constitucional.

En este sentido y en la hora que nos toca vivir, resulta importante tener siempre presentes los fundamentos que el DNU 329/2020 destaca en sus considerandos, a cuya lectura remitimos<sup>7</sup>.

Los operadores del derecho debemos actuar siguiendo directrices claras en la interpretación y aplicación de la legislación de emergencia a los efectos de proteger a *todos* los trabajadores y trabajadoras -en la medida de lo posible- de los efectos de la crisis económica y sanitaria.

Por ello resulta imprescindible retornar a la doctrina protectoria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación -que felizmente parece estar siendo recordada en recientes pronunciamientos judiciales<sup>8</sup>- respecto de la cual me permito citar -por su renovada actualidad e impecable contenido- el considerando 8 del voto mayoritario de “Ramos, José Luis c. Estado Nacional (Min. de Defensa - A.R.A.), CSJN, del 06/04/2010”<sup>9</sup>:

*8º) Que, en las condiciones expresadas, la conducta asumida... pugna con*

7 Tal como lo destacara el Dr. José Daniel Machado en Apuntes para un borrador sobre las primeras impresiones acerca del DNU 329/2020 RC D 1506/2020: “*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 CCyC 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*”.

8 Me refiero a las auspiciosas resoluciones sobre reinstalación recientemente dispuestas en los autos: “*Pragana, Matías vs. Goliardos S.R.L. s. Medida cautelar*” del Juzg. Nac. Trab. de Feria; 24/04/2020 en [www.rubinzalonline.com.ar](http://www.rubinzalonline.com.ar); RC J 1722/20”; “*Espinoza, José Alfredo vs. TM S.A. s. Autosatisfactivas*” del Juzg. Lab. N° 2, Posadas, Misiones; 28/04/2020 en [www.rubinzalonline.com.ar](http://www.rubinzalonline.com.ar); RC J 1786/20; y “*Yori, Melisa vs. Adecco Argentina S.A. s. Medidas Cautelares y preparatorias*” del 28/04/2020 dictado por el Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Laboral de la Cuarta Nominación de la ciudad de Santa Fe, en [www.rubinzalonline.com.ar](http://www.rubinzalonline.com.ar); RC J 1820/2020

9 Editado mínima e impunemente por el autor del presente reduciendo sus valiosas citas normativas por motivos de brevedad.

*la normativa constitucional recientemente referida, cuyo principio protectorio, comprende, por un lado, al trabajo “en sus diversas formas”, incluyendo al que se desarrolla tanto en el ámbito privado como en el público (Fallos: 330:1989, 1999) y reconoce, por otro, derechos “inviolables” del trabajador que el Congreso debe asegurar como deber “inexcusable” (“Aquino”, Fallos: 327:3753, 3770; “Milone”, Fallos: 327:4607, 4617). A iguales resultados conducen diversos instrumentos internacionales con jerarquía constitucional que enuncian el “derecho a trabajar”..., el cual debe ser considerado “inalienable de todo ser humano”... En efecto, el citado derecho a trabajar, así como “[e]ngloba todo tipo de trabajos” e impone al Estado claras obligaciones de respetarlo y protegerlo... comprende inequívocamente, entre otros aspectos, el “derecho del trabajador a no verse privado arbitrariamente de su empleo” (“Vizzoti”, Fallos: 327:3677, 3690). “En el marco de una relación laboral en la cual el Estado se constituye en empleador –expresó la Corte Interamericana de Derechos Humanos–, éste evidentemente debe garantizar y respetar los derechos humanos laborales de todos sus funcionarios públicos [], ya que la inobservancia de este deber genera la responsabilidad estatal interna e internacionalmente”... La naturaleza jurídica de una institución, conviene recordarlo, debe ser definida, fundamentalmente, por los elementos que la constituyen, con independencia del nombre que el legislador –o los contratantes– le atribuyan (doctrina de Fallos: 303:1812 y su cita); cualquier limitación constitucional que se pretendiese ignorar bajo el ropaje del nomen iuris sería inconstitucional (Fallos: 329:3680).”*

Nuestro objetivo es claro. Debemos en la hora, aceptar el desafío y utilizar todas las herramientas jurídicas que el derecho nos ofrece para garantizar la efectiva protección de los trabajadores y trabajadoras, *en todas sus formas.*

# EL DERECHO A LA VIDA Y LA SALUD Y EL POSTERGADO DEBER DE PREVENCIÓN DE LAS ART

por María Agustina LACASE

RC D 1684/2020

*La autora realiza un análisis de las implicancias de deber de prevención de las ART frente al reconocimiento del COVID-19 como enfermedad profesional no listada, fundamentado en la dignidad del trabajador, el derecho a la vida y preservación de su salud en conjunto con los derechos que le pertenecen a toda la humanidad.*

## I. El derecho a la vida y a la preservación de la salud del trabajador

Señala Mario de La Cueva que *“el trabajo es un deber social, pero es fuente del derecho humano y éste consiste, en primer término, en el derecho a la existencia; por eso, el derecho del trabajo tiene que asegurar la existencia del hombre, en el presente y en el futuro. Georges Ripert inició un camino que no debe perderse: La democracia contemporánea ya no pregunta por el responsable de los acontecimientos, impone la reparación a favor del débil, o lo que es igual, impone a la Sociedad la obligación de sostener con decoro a la existencia humana”*<sup>1</sup>. Esta actitud es consecuencia de ser el derecho del trabajo, parte esencial de los derechos humanos de la persona que trabaja.

El destinatario del esfuerzo humano que conlleva el trabajo, es la sociedad; por lo que el deber de prevenir un resultado dañoso en el sujeto que trabaja también nos pertenece, y en caso que sea ocasionado, corresponde su reparación.

En tiempos de pandemia de COVID-19, estas premisas que sustentan el derecho del trabajo son bastante claras de ser apreciadas en las personas que se encuentran exceptuadas del aislamiento obligatorio, efectivamente prestando tareas, estando sujetas a mayor riesgo de contagio de un virus que amenaza a toda la humanidad. El derecho a la vida y a la preservación de la salud como derecho humano está reconocido en el derecho positivo internancional a través de numerosos tratados internacionales<sup>2</sup>.

La vulnerabilidad de la salud de la persona que trabaja se ve agravada, con

---

1 DE LA CUEVA, Mario, “Derecho mexicano del trabajo”, Ed. Porrúa S.A., México, 1960, tomo II, pág. 189.

2 Tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros; los cuales poseen jerarquía constitucional en nuestro país; y nos impone como sociedad el deber de su debida protección y efectivización a través de medidas de prevención concretas.

la existencia del virus COVID-19 en nuestro país y la declaración de situación de emergencia sanitaria por DNU 297/2020. Se requiere una vez más, pero ahora con verdadera tenacidad, que la obligación de prevención de siniestros y enfermedades laborales por parte de las ART sea efectivamente cumplimentada y exigida por los organismos estatales, respecto de todas las personas que se encuentran cumpliendo sus obligaciones laborales por estar dentro del art 6 del mencionado decreto y sus respectivas o futuras modificaciones en cuanto a la inclusión de actividades económicas, todas comprendidas en cuanto al reconocimiento como enfermedad profesional no listada por DNU 367/2020.

## II. La jurisprudencia sobre cobertura del COVID-19

Con fecha 1 de abril de 2020 el Juzgado Nacional de Primera Instancia de FERIA, a cargo de la Dra. Rosalía Romero, ordenó al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires a dar cumplimiento en el plazo de 24 hs de la entrega de equipos de protección personal para prevenir el contagio de COVID en virtud de la acción de amparo presentada por una trabajadora enfermera y a Provincia ART a arbitrar los medios de prevención y control necesarios<sup>3</sup>. Es así como concluye que el derecho a la vida y la preservación de la salud cuenta con una intensa protección de derechos humanos fundamentales que poseen jerarquía constitucional y que constituyen un valor fundamental a resguardar, frente al cual los restantes tienen un carácter instrumental, particularmente aquellos de orden estrictamente patrimonial que podría esgrimir el empleador.<sup>4</sup>

Por otra parte, el Juzgado de 1ra. Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 13 Secretaría N° 26, ordenó al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires que, de manera inmediata, adopte las medidas necesarias para prevenir el contagio de los/las trabajadores docentes exceptuados del aislamiento social, preventivo y obligatorio; debiéndole proporcionar una adecuada protección y proveerlos de los elementos de protección necesarios para evitar el contagio del COVID-19 de acuerdo a la actividad y tarea a desarrollar por cada trabajador; y a la demandada Provincia ART a dar cumplimiento a las normas de higiene, seguridad, control y supervisión del empleador en los términos de la Ley 24.557.<sup>5</sup>

También la acción de amparo colectivo presentada por la Union de Trabajadores de La Educacion de Capital (U.T.E), fue instada con el objeto de que se ordene al

---

3 Indica el fallo: “*El Estado Nacional ha delegado en las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo el control y sujeción a las normas de higiene y seguridad, imponiéndoles a estos gestores privados del sistema diversas obligaciones de control y supervisión, para lo cual cabe recordar además que uno de los objetivos esenciales de la Ley de Riesgos del Trabajo es la reducción de la siniestralidad laboral a través de la prevención de riesgos laborales (art 1º, apartado 2, inciso a, Ley 24557)*”.

4 PJN, Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo de FERIA, “Cáceres, Carolina Alejandra C/ Gobiernos de la Ciudad de Buenos Aires y Provincia ART- AMPARO”,1/4/20. <http://www.sajj.gob.ar/>

5 Idem 6.

GCBA “adoptar las medidas necesarias para prevenir contagios de manera inmediata, concretamente proporcionar una adecuada protección de los/las trabajadores docentes exceptuados del ‘aislamiento social, preventivo y obligatorio’, brindando los elementos de protección necesarios para evitar el contagio del COVID-19” y a Provincia ART “dar cumplimiento de las normas de higiene, seguridad, control y supervisión del empleador en los términos de la Ley 24.557”; solicitando la urgente entrega de equipos personales de protección (EPP) recomendados por la Organización Mundial de la Salud (OMS) y el Ministerio de Salud de la Nación (MNS)<sup>6</sup>.

Los precedentes jurisprudenciales citados, fueron dictados con anterioridad al DNU 367/2020; por lo que se entiende que con la declaración de naturaleza profesional del COVID-19, corresponde a las ART acciones preventivas activas que van más allá de su obligación de control y exigencia al empleador de las medidas de seguridad que corresponden a los fines de evitar la propagación del virus que amenaza al mundo entero.

En este sentido, ha sido resuelto por el Tribunal del Trabajo Nro. 1 de San Miguel de conforme sentencia de fecha 24 de abril, en donde se ordena a la ART a presentar un plan de prevención propio para el establecimiento donde prestan servicios las accionantes y su colectivo a fin de evitar los riesgos de la exposición. La obligación de la ART no se satisface con la sola provisión y control del uso de elementos de seguridad y con la realización de visitas técnicas, se requiere la implementación de un plan específico para las condiciones de cumplimiento de las normas de seguridad e higiene en el establecimiento de la empleadora de las accionantes. Tanto la empleadora como la ART resultan deudoras de las obligaciones de provisión de elementos de seguridad personal, como así también de la gestión de los riesgos del trabajo en el ámbito del servicio público de salud provincial en el marco de la pandemia COVID-19.<sup>7</sup>

### **III. El deber de prevención de las ART frente al reconocimiento de la naturaleza laboral de la enfermedad COVID-19.**

El DNU 367/2020 de fecha 13 de abril de 2020 establece la presunción del COVID-19 como enfermedad profesional no listada para los trabajadores comprendidos en las excepciones de la medida de aislamiento social preventivo y obligatorio, imponiendo en su art. 2do la prohibición de rechazar la cobertura

6 Juzgado de 1ª Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario n° 13, Secretaría n°26, “Union de Trabajadores de la Educacion Capital contra GCBA y otros s/ medida cautelar autónoma” Número: EXP 3018/2020-0 CUIJ: EXP J-01-00019805-2/2020-0 Actuación Nro: 14550240/2020.

7 “Guisolfo, Miriam y otros vs. Gobierno de la Provincia de Buenos -Hospital Mercante- y otro s. Amparo”, Trib. Trab. 1, San Miguel, 24/04/2020, www.rubinzalonline.com.ar, RC J 1715/2020. El sentenciante indica que : “...la exigibilidad de las prestaciones que integran el objeto de las obligaciones de la cual resultan deudoras las demandas, se encuentra informado por el principio pro homine, a cuya luz cobra mayor intensidad la apariencia del derecho que se invoca”.

y la obligación de otorgar inmediata cobertura de prestaciones dinerarias y en especie.

Si bien el COVID-19 ha sido reconocido como enfermedad no listada, y por ende condicionado a su reconocimiento final por la Comisión Médica conforme lo establecido en el art 6 de la Ley 24.577; a los fines de la prevención, tiene una importancia fundamental la presunción operada y la obligación de cobertura.

Queda claro, que frente a la situación de emergencia sanitaria y peligro de propagación de un virus que amenaza a toda la población, y las medidas de emergencia dispuestas por el PE, sumado a la presunción de profesionalidad de la enfermedad que opera en un primer momento, se impone la obligación de adoptar de manera unilateral por parte de la ART todas las acciones necesarias para evitar el contagio del trabajador que se encuentra bajo su cobertura.

Acciones entre las cuales prima la entrega de todos los elementos de protección personal (EPP); definidos como aquellos elementos de uso personal e individual, que conforman una barrera física entre el agente de riesgo, en este caso el virus alojado en superficies o presente en el aire y el trabajador, con los recaudos y exigencias establecidas por Resolución 299/2011 de la SRT<sup>8</sup>, la Res. SRT 29/2020 y en los protocolos determinados por las autoridades administrativas del trabajo de cada provincia.<sup>9</sup>

De manera ejemplificativa, las acciones preventivas consisten en la entrega de EPP a cada trabajador tales como protector ocular, el facial, el respiratorio, los guantes, vestimenta para la protección del cuerpo; como asimismo en los puestos de trabajo donde exista la posibilidad técnica de instrumentar una medida preventiva de ingeniería, como por ejemplo la colocación de una barrera física que impida que las gotas de secreciones lleguen hasta el trabajador o la colocación de barreras que limiten físicamente la distancia del trabajador de cualquier otra persona.<sup>10</sup>

Entrega de elementos de seguridad que abarcan, en su primera etapa, la cobertura de la enfermedad profesional reconocida por DNU 367/2020; pero que definitivamente no puede esperar hasta que sea declarado por la Comisión Médica en el caso concreto; este paso ya es tarde, el trabajador está contagiado y el virus propagado en la comunidad.

El sistema normativo de Ley de Riesgos de Trabajo impone a las aseguradoras que lo integran, la obligación primera de evitar que el daño a la salud sea ocasionado. Esta acción no se logra con carteles pegados en establecimientos, ni con bo-

8 SRT. Resolución 299/2011. Adóptanse las reglamentaciones que procuren la provisión de elementos de protección personal confiables a los trabajadores.

9 En el caso de la provincia de Córdoba, el Ministerio de Trabajo provincial emitió el Protocolo de Control Sanitario Industrial de fecha 7 de abril de 2020. Ref Pag web //trabajo.cba.gov.ar//.

10 SRT, **Emergencia pandemia COVID-19** - Recomendaciones especiales para trabajos exceptuados del cumplimiento de la cuarentena.

letines informativos; sino que se cumple con medidas efectivas que se traducen en hechos, en obligaciones de hacer y de dar; en obligaciones de control y de entrega de material preventivo de propagación del virus.

Resultaba claro que desde el día 20 de marzo de 2020, conforme DNU 297/2020, toda persona excluida de cumplir la obligación de aislamiento social, preventivo y obligatorio, se encuentra en riesgo de contraer el COVID-19 no solo en su lugar de trabajo sino también en el trayecto de su domicilio al establecimiento y viceversa, como en cumplimiento de sus tareas si estas requieren ser efectuadas en circulación (caso de delivery). No deja margen de discusión su cobertura, luego del DNU 367/2020. En concreto, los art 1 y 2 del DNU 367/2020 disponen simultaneamente: a) aceptación de denuncia con imposibilidad de rechazo in limine; b) cobertura inmediata de las prestaciones dinerarias y médicas (art2); c) condicionalidad del reconocimiento definitivo al tránsito por el procedimiento especial del art 6 de la LRT sobre no listadas (art 1 y 3).<sup>11</sup>

Resultaba evidente con anterioridad al DNU 364/2020, que al estar prohibida la circulación para casos ajenos a las excepciones establecidas y siempre con motivo de realizar tareas laborales, corresponde la cobertura por la ART en caso en que la salud del trabajador se encuentre afectada, incluido el contagio de COVID-19. Ya con la sanción de la normativa en cuestión, identificada como DNU 367/20, no queda duda alguna.

Desde un razonamiento lógico, no hace falta que la Comisión Médica determine la naturaleza profesional de la enfermedad; dado que en estos días quién se encuentra circulando por nuestras calles, necesariamente lo hace por estar cumpliendo su labor, y si esta actividad lo hace por estar bajo relación de dependencia, corresponde la cobertura de la ART conforme lo impone el sistema normativo de riesgos de trabajo.

Es en consecuencia, la primera obligación de la Aseguradora de Riesgos de Trabajo tomar las medidas de prevención necesarias para evitar que la salud del trabajador se vea afectada o amenazada. Por ende, en cumplimiento de sus obligaciones debe entregar todas las medidas de protección necesarias, incluyendo los elementos de protección personal.

Lo que hace verdaderamente necesario la exigencia por parte del Estado a las ART, a fin de que efectúen la correspondiente inversión en medidas preventivas tendientes a evitar el contagio de la enfermedad profesional identificada como COVID-19, no solo basados en la protección de la salud y la vida del trabajador/a (motivo que justifica la existencia de estas aseguradoras) sino en base a la protección de la salud del colectivo de la humanidad.

Los principios de solidaridad y esfuerzo compartido que justifican las

---

11 ARESE, Cesar “La compleja condición del Coronavirus como enfermedad profesional según DNU 367/2020”; Ed. Rubinzal Culzoni, [www.rubinzalonline.com.ar](http://www.rubinzalonline.com.ar), RC D 1598/2020.

disposiciones emitidas por el gobierno nacional, requieren de la implementación de medidas de acción directa; exigiéndose en materia de seguridad del trabajo no solo al empleador, sino a las Aseguradoras de Riesgos de Trabajo, quienes resultan solidariamente obligadas, y en mejores condiciones económicas de implementación.

Señala Horacio Shick *“los costos por los problemas de salud laboral que deberían ser soportados por el sistema de riesgos del trabajo son sobrellevados por la salud pública y por el trabajador”*<sup>12</sup>.

El respeto a la dignidad humana, el derecho a la vida y a la salud, son el fundamento de la prevención de los riesgos laborales que puedan afectar la salud de quien trabaja; el sujeto obligado por nuestro sistema normativo, las Aseguradoras de Riesgos de Trabajo. Frente a la pandemia, ya no hablamos del respeto a la dignidad de la persona que trabaja, sino del respeto de cada uno de los que integramos la humanidad. Quizás de una vez por todas, esta terrible amenaza colectiva nos despierte como sociedad, y nos solidarice a fin de exigir el cumplimiento de la ley y el respeto de los derechos, particularmente en materia de riesgos del trabajo.

---

12 SCHICK, Horacio; “Las enfermedades laborales y la reparación extrasistémica en el contexto de vigencia de la Ley 26773”. Cita Online: AR/DOC/2810/2014; Revista Derecho del Trabajo, Noviembre 2014, Ed. La Ley

# LOS RIESGOS DEL SISTEMA INMUNE DE LA LRT ANTE LA RESPUESTA ASINTOMÁTICA DE LAS ART

por Matías CROCE<sup>1</sup>

RC D 1671/2020

*El autor ensaya algunas reflexiones a partir del presuntivo reconocimiento del COVID-19 como enfermedad profesional no listada mediante el DNU 367/2020.*

SUMARIO: I. El derecho y la nueva narrativa. II. Los riesgos de la siniestralidad laboral: donde la curva nunca se aplana. III. La ocasión de revisar las contingencias y la(s) forma(s) de acceder al sistema. IV. Los plazos de la emergencia pública en materia sanitaria y el plazo del ASPO: Incubando una respuesta sobre lo que quiso decir el DNU. V. Los anticuerpos del sistema: la litigiosidad y el derecho a una tutela judicial efectiva.

“Si ves al futuro, dile que no venga”  
(Juan José Castelli, 1812)

## I. El derecho y la nueva narrativa

La emergencia sanitaria nos ha interpelado. La llamada cuarentena ha servido de incentivo para que los operadores del derecho podamos ofrecer alguna respuesta, de momento provisoria y con el déficit de postergar la reflexión enjundiosa para cuando regrese el sosiego, a la profusa producción normativa emergente en materia laboral.

Parece que el derecho laboral se encuentra en una fase similar a la nueva narrativa que ofrecen las series, con final abierto, cabe advertir. Normativa para maratonear. Derecho laboral por streaming. Pero, más allá de la novedad respecto del formato y la velocidad, el trasfondo, adelanto, es el mismo. Veamos.

El sistema inmune de la LRT, una vez más, despierta preocupación ante la falta de respuesta adecuada frente a la nueva “contingencia” (y su particular puerta de acceso). Esta emergencia sanitaria desnuda, otra vez, las fallas estructurales de un sistema que adolece de una notoria *distorsión aperceptiva*.

Hasta antes del DNU 367/2020, el COVID-19 -dentro de esta *apercepción*- no resulta(ría) pasible de tipificar como accidente de trabajo (AT) ni como enfermedad profesional (EP) listada. Comencemos por lo más obvio. Esta enfermedad nació en

---

1 Abogado (UNL, 2005). Especialista en Derecho Laboral (UNL, 2010). Con formación de posgrado en la Universidad de Buenos Aires (UBA), la Universidad de Salamanca (USAL, 2014), Salamanca, España, y la Universidad Castilla La Mancha (UCLM, 2018), Toledo, España. Profesor invitado de posgrado (UNL y UCSE). Profesor universitario (UCES y UNER).

la ciudad china de Wuhan en el mes de diciembre del año último pasado. Imposible listarla, entonces. Convengamos, para seguir con las obviedades, que el sistema de la LRT se caracteriza, no obstante, por el infra-registro de EP. Sabemos de memoria que el porcentaje de EP en el concierto mundial supera exponencialmente el registro nacional. La lista de EP tiene como nota saliente, precisamente, su parquedad. Así que, para el laboralista baqueano, no representa una sorpresa tener que batallar contra esta realidad, no percibida por el sistema de la LRT, que siempre llega tarde, si lo hace, y por defecto –y activismo judicial mediante, huelga reconocer-, al trabajador damnificado. La pregunta que emerge inmediatamente es cómo vamos a responder a un fenómeno nuevo e incierto con los remedios y vacunas jurídicas de la LRT, cuya característica no ha sido el “just in time”, tanto en la lógica de la prevención –evocada con pomposa declamación por los adalides del sistema- como, especialmente, de la reparación.

En dicho orden de ideas, el DNU 367/2020 trae, como novedad, una rara avis para el sistema, conforme su consabido *corset* normativo, al reconocer presuntivamente la enfermedad del COVID-19 como EP no listada. En fin, la norma en cuestión apela a una heterodoxia para salir por arriba del laberinto de la LRT, conforme su diseño original, convencida que los tiempos de la inclusión ortodoxa –burocracia y juego de intereses mediante, huelga decir, en rigor de verdad- no se corresponden con la velocidad de la fase de transmisión viral comunitaria transitada.

## II. Los riesgos de la siniestralidad laboral: donde la curva nunca se aplanan

Sin subestimar la pandemia, aclaro, para evitar mal entendidos, más allá de la sugestión que transitamos ante el ASPO y la infodemia (al mejor estilo Orson Wells en oportunidad de presentar en la popular emisora de la CBS la “La guerra de los Mundos” e instalar el pánico<sup>2</sup> como un hecho “súbito y violento” –a propósito de la definición de AT ejecutada por la LRT-, convenciendo a los oyentes que EEUU estaba siendo invadido por un ejército de alienígenas: volviendo al comienzo y las series, recordamos la placa televisiva cuya leyenda dice que los hechos y personajes de esta historia son ficticios, cualquier semejanza con la realidad es pura coincidencia), desde la óptica de las consecuencias del sistema de infortunios laborales a escala global (o pandémica), sabemos que cada año mueren por día 7600 personas por AT y EP<sup>3</sup>.

---

2 Abriendo un breve paréntesis, a modo de excurso, comparto la visión de Patrick Boucheron y Corey Robin, publicada por Capital Intelectual, bajo el título de “El miedo”, en el año 2016, cuando exponen que “en ningún caso el miedo es espontáneo o irracional: es político e incluso se ubica en el centro de una relación política que puede atravesar los regímenes y las ideologías. ... El miedo es constitutivo de la autoridad política”. En dicho orden de ideas, tendremos que aquilatar, cuando pase la marea, con mayor calma, cómo ha sido el manejo de esta emoción por parte de la infraestructura política.

3 Según reveló Pedro Furtado de Oliveira, director de la Oficina de País de la OIT para Argentina, durante la Conferencia sobre Seguridad y Salud de Trabajadores Adolescentes y Jóvenes, realizada en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en el mes de abril del año 2019.

Dicho esto, insisto, sin ánimo de polemizar. Y en términos económicos, igualmente sabido, el sistema demanda alrededor de cuatro puntos del producto bruto anual del mundo<sup>4</sup>. Para tener una idea de lo que representa dicho guarismo, pensemos que se estima que la caída del PIB mundial para este año como consecuencia del coronavirus será de tres puntos<sup>5</sup>, la peor desde la Gran Depresión, para tener dimensión de lo que estemos aludiendo sin eludir, nuevamente, la gravedad de la pandemia. Tampoco tengo por intención explicar el fenómeno del COVID-19 a partir de la llamada gobernanza de los números porque, más allá de que presumiblemente ante el dilemático planteo (para algunos, y no pocos, por cierto, falso dilema) que tiene por protagonista al tándem salud-economía, sólo decir que el derecho de los trabajadores a un entorno laboral saludable y seguro es un derecho humano fundamental y que, ante la impotencia del mercado en resolver esta emergencia transversal, resulta doble lograr un equilibrio y diálogo social entre los distintos componentes, con fuerte articulación desde el Estado. Mientras tanto no podemos dejar de hacer mención que al momento se han destruido 14 millones de empleos en América Latina y el Caribe, según observó la OIT<sup>6</sup>. De hecho, y para decirlo todo, mientras escribo estas líneas, la noticia del día refleja que se han contagiado de coronavirus 53 médicos en la zona AMBA.

### **III. La ocasión de revisar las contingencias y la(s) forma(s) de acceder al sistema**

Volviendo al DNU 367/2020, y con la singularidad de que la “ocasionalidad” no aplica, a priori, según manda legal (con definición incluida), a las llamadas EP. Y solamente se reserva para los AT.

Ahora bien, dicho lo cual, coincido con Machado en que “el mejor modo de ilustrar los alcances de la expresión “ocasión laboral” es recordar que, en su origen,

---

4 ARESE, César, Derechos Humanos Laborales, Rubinzal Culzoni, p. 191.

5 Noticia publicada en el portal web de ámbito financiero el 14/04/2020. También pronostica que en Argentina caerá 5.7%. Quien hace el pronóstico es el FMI, debo aclarar, y recuerdo, no obstante, el rigor del análisis del organismo internacional, las palabras de Arturo Jauretche cuando dijo que “asesorares con los técnicos del Fondo Monetario Internacional es lo mismo que ir al almacén con el manual del comprador, escrito por el almacenero”.

6 Noticia del 8 de abril del año 2020 publicada en la página oficial de OIT. Véase: [www.ilo.org](http://www.ilo.org). Bajo el título: OIT: EL COVID-19 destruye el equivalente a 14 millones de empleos y desafía a buscar medidas para enfrentar la crisis en América Latina y el Caribe. Bajo dicho lineamiento, el Director del centro de Desarrollo de la OCDE, Mario Pezzini, ha sostenido que: “Estamos enfrentados a una crisis mayor (refiriéndose al crack de 1929), los datos nos lo dicen cada día. La OCDE calcula que hay una disminución del 2% del PIB por cada mes de confinamiento, el FMI dice que va a ver 170 países donde el PIB va a reducirse, la OMC no habla de una reducción del comercio internacional de dos tercios, la OIT calcula que si sumamos las horas de desempleo y de paro de la gente aceptada por las diversas medidas de política, hay 200 millones de personas en desempleo, la UNCTAD nos dice que la inversión extranjera se va a reducir de 30%. Se pueden añadir otros muchos elementos. Es una crisis mayor” (publicado en el portal web rfi.fr., en fecha 15/04/2020).

respondió a la necesidad de dar una respuesta equitativa a la problemática de los trabajadores franceses que prestaban servicios en las colonias (en especial en las empresas de Argelia y Costa de Marfil) y que, por ello, contraían enfermedades exóticas (tifus, paludismo) erradicadas de su territorio nacional. Desde luego, se pensó, esas patologías no guardaban relación estricta con las tareas en sí, pero tampoco podían afirmarse que la ejecución del contrato fuera por completo ajena a su adquisición ya que, de no ser por su existencia, el trabajador no se hubiera trasladado a esas geografías extrañas”<sup>7</sup>.

Es decir, en su origen, la “ocasión” tuvo lugar para acudir a los trabajadores enfermos; no para los accidentados. Sutileza mediante, cabriola de un hado no siempre domable, la LRT trocó dicha historicidad y solamente contempló la “ocasionalidad” para los AT, un sistema de lista cuasi-cerrada con un esquema de triple columna cuando menos, donde el trabajo opera como causa directa y exclusiva (e inmediata) del daño, pretiriendo la multiplicidad de factores y causas que tantas veces concurren a una realidad humana (compuesta de cuerpo y alma, para decirlo con sonoro lirismo) que, la mayoría de las veces, se presenta un poco más compleja y resbaladiza para poder encuadrar o encasillar en una columna (ya probamos con gobernar desde una planilla de Excel –mutatis mutandis- y no nos ha ido bien, por cierto), reservándose para la llamada “enfermedad laboral no profesional” (y la concausalidad), reconociendo que desde la doctrina se aguza el ingenio en forma extrema muchas veces en el empeño de evitar la postergación de derechos. Así, entonces, “hay ocasión laboral cuando la presencia del trabajador en el lugar y momento en que un factor ajeno al trabajo lo daña sólo se explica por la existencia de “ese” contrato de trabajo”. Y, también es dable decir que no todo lo que acontece al trabajador “en” el establecimiento y “durante” su jornada puede ser atribuido al trabajo como supuesto de ocasión laboral. Por último, destacamos –siguiendo a Machado- que el daño sufrido “in itinere” constituye, en rigor de verdad, una modalidad específica del accidente “en ocasión del trabajo” puesto que la circunstancia que explica por qué razón el trabajador se encuentra en el lugar y momento en que un factor ajeno por completo a la esfera de organización del empleador lo lesiona, no es otra que la de estar “yendo a” o “volviendo de” el establecimiento o centro de trabajo.

Quiero decir que la respuesta del sistema es asintomática, o mejor dicho, anodina. Desinteresada de quien, como tantas veces hemos escuchado, arriesga su piel. La ocasionalidad podría ser una entrada al sistema, si conjugamos los instrumentos internacionales que reconocen con mayor simetría el concepto de enfermedad profesional, con una postura judicial decidida, a partir de una propuesta abogadil ingeniosa. Pero esta versión, hay que decirlo, siempre funciona ex post. Y mientras tanto la piel del trabajador sigue curtiéndose.

---

7 RIAL, Noemí, MACHADO, José Daniel y DE MANUELE, Abel, Manual para representantes sindicales, Rubinzal Culzoni, p. 254.

Pero hablamos, hasta aquí, de AT, y no de enfermedad. Y el COVID-19 es, de momento, una presunción temporal. El sistema inmune de la LRT sigue crujiendo. Y, lamentablemente, la heterodoxia del DNU comentado no subsana, de hecho, esta debilidad estructural. Incubar otra respuesta llevará decisión política y tiempo.

#### **IV. Los plazos de la emergencia pública en materia sanitaria y el plazo del ASPO: Incubando una respuesta sobre lo que quiso decir el DNU**

Cabe formularse algunas preguntas. Vamos a posicionarnos en los artículos 4 y 5 del DNU 367/2020: ¿El plazo de sesenta días previsto por el artículo 4 es el mismo plazo previsto por el artículo 5? El primero, sin especificar si son hábiles o corridos, compartiendo la postura de Maza de que por la naturaleza procesal, deberían ser hábiles, lo que, de suyo, beneficia al trabajador que contará con un mayor plazo de cobertura, computa el mismo “hasta” pasado esos sesenta días “a la finalización de la vigencia de la declaración de la emergencia pública en materia sanitaria realizada en el DNU 260/2020, y sus eventuales prórrogas”. Recordemos que la emergencia pública sanitaria declarada por la Ley 27.541 extendía la misma hasta el 31 de diciembre del año 2020, la que fuera “ampliada” por el plazo de un año a partir del 12/03/2020. Es decir, hasta el 12/03/2021. Otra cosa distinta, para decirlo en forma castiza, es el plazo previsto para el llamado ASPO, que, en principio y por el momento, cesa el 26/04/2020. Es decir, el artículo 4 –de interés para los trabajadores vinculados a la salud- extiende la presunción, si tomamos como dies a quo, el aquí propuesto, hasta el 14/06/2021, si consideramos hábiles los sesenta días previstos. Y esto tiene implicancia con el artículo 5, referido, nada menos, al financiamiento de dicha presunción (“hasta” cuándo responde el Fondo Fiduciario de Enfermedades Profesionales, y “a partir de” cuándo responde la ART), en el marco de una pandemia que, hasta donde se conoce, presenta una tasa de letalidad, comparativa con otras patologías semejantes, más alta, de suerte que, ante un fallecimiento por COVID-19, no es lo mismo que la enfermedad que causó el deceso sea considerada –y aquí encontramos todas las variantes posibles- profesional listada, no listada, o no profesional laboral o inculpable, en función de la lógica de la reparación cuando, en el caso, evidentemente, la prevención no tuvo el efecto deseado, más allá de que, repetimos, el artículo 4° se vincula al sector de los trabajadores de la salud. Comprendo que la norma parezca decir otra cosa, pero dice lo que dice. No refiere al ASPO sino a la emergencia pública en materia sanitaria. Como se dice en alguna red social: abro hilo.

En cambio, el artículo 1° refiere expresamente a la vigencia del ASPO como plazo, con la particularidad de que, según nos han ilustrado desde la propaladora mediática una pléyade de médicos y opinólogos, la incubación del virus puede llegar hasta catorce días, de suerte que, vencido el ASPO, cuando suceda, podría darse la situación de que algún trabajador presente síntomas con posterioridad y requiera asistencia sanitaria.

## V. Los anticuerpos del sistema: la litigiosidad y el derecho a una tutela judicial efectiva

No desconozco los pormenores que deberá transitar el trabajador que pretenda ser reconocido, más allá de la presuntiva normativa en su favor, tras customizar esta nueva contingencia laboral que no es AT ni EP, en los términos históricamente previstos por el sistema. Tampoco olvido que lo que se indemniza no son los accidentes sino las incapacidades, como tiene dicho la CSJN.

Así como en materia de despidos, hemos señalado que la normativa de emergencia diseñaba una estabilidad absoluta pro tempore, en esta “ocasión” la intención del DNU de limitar en el tiempo la respuesta dentro del sistema tendrá, a la sazón de los hechos que devenguen, sin hacer futurología, su resistencia. La imprevisibilidad resulta la nota saliente de este virus que genera esta enfermedad cuyo contagio se ha intentado “aplanar” con decidido énfasis en forma temprana, y no sabemos, a ciencia cierta, al menos, cómo evolucionará.

Los anticuerpos del sistema diseñado por la LRT, avizoro, volverán a ser noticia –hablando de infodemia- en tanto la única forma de salvaguardar el derecho a la vida y salud de los trabajadores será aumentando la litigiosidad, según el sesgado enfoque denunciado sistemáticamente desde la usina que nuclea a las ART, y que, en lo personal, prefiero nombrar como derecho a la tutela judicial efectiva, aunque reconozco que, en dicha propuesta asertiva también debe haber un sesgo confirmatorio seteado a partir de la saludable jurisprudencia que supo poner orden al raído sistema que regula la siniestralidad laboral, donde se discutirá, una vez más, si determinado daño forma parte o no de la medida de aseguramiento en cabeza de las ART.

La OIT ha sostenido que las patologías contraídas por exposición en el trabajo a dicho agente patógeno podrían considerarse como enfermedades profesionales<sup>8</sup>, en razón de lo cual otros países –tales como España, Uruguay y Colombia<sup>9</sup>- han declarado que la afección producida por la exposición de los trabajadores al COVID-19, durante la realización de sus tareas laborales, reviste carácter profesional.

De allí, podemos extraer alguna punta para comenzar a hilvanar una mejor solución al caso concreto, puesto que, me temo, la casuística variará en función de la velocidad y complejidad en que se suscite el COVID-19, cuando, sabido es, hemos ingresado a la fase tercera de transmisión viral comunitaria, y sea más dificultoso poder ponderar la pretendida causalidad directa e inmediata con el trabajo. Presumiblemente, de desatarse ese escenario, no será la solución “autóctona” del sistema de la LRT la que nos proteja, prevengo, que será, otra vez, la batalla judicial, a partir de la trinchera compuesta por abogados –soldados desconocidos de la jurisprudencia-y jueces comprometidos con el barro de la historia.

---

8 Véase: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---normes/documents/publication/wcms\\_739939.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_739939.pdf) (en especial, vide página 16 del referido documento).

9 En los considerandos del propio DNI 367/2020 hace mención al derecho comparado.

Tendremos que observar cómo se comporta el virus tras el cese del ASPO, la llamada salida de la cuarentena, y cómo repercutirá en el ámbito laboral. Presentándose la singularidad de que la misma enfermedad, contraída “en ocasión” de prestar servicio, puede ser calificada presuntivamente como enfermedad profesional no listada, para un sector del colectivo de trabajadores, como enfermedad laboral no profesional (con los bemoles probatorios y los tiempos no frenéticos de la Justicia), o como enfermedad inculpable. Dependiendo de la gravedad de la misma y cómo culmine el periplo transitado de dicha enfermedad, podremos encontrar que algunos trabajadores –o sus derechohabientes- tendrán una mayor cobertura o mayor intensidad resarcitoria que otros. Pero para “diagnosticar”, de momento, tenemos a los médicos y la patria panelista. Así que mejor apelar a la prudencia y esperar cuando pase el temblor.

# EL CONTAGIO DEL TRABAJADOR FRENTE AL COVID-19 COMO “RESULTADO LESIVO IMPRUDENTE” PENAL

por Patricia GALLO

RC D 1761/2020

*El contagio de coronavirus en el ámbito laboral pone en cuestión las categorías jurídica de imputación establecidos en la Ley de Riesgos del Trabajo desde el punto de vista penal. Se interroga sobre la eventual consumación del delito de lesiones en el marco de la relación de trabajo*

## I. Introducción

El empresario, en tanto *organizador exclusivo del foco de peligro* que constituye la empresa, ostenta la posición de garante frente a sus dependientes (trabajadores en relación de dependencia) por los riesgos laborales que emanan del desarrollo de las tareas asignadas, en el marco del contrato de trabajo.<sup>1</sup>

La “competencia por organización”, es el planteamiento más acertado para determinar el fundamento y alcance del deber de garante que pesa sobre el empresario. La posición de garantía del titular de la empresa surge, en efecto, como *contrapartida de la libertad fundamental de que goza para organizarla del modo en que mejor se ajuste a su propio interés*. En este punto, el empresario en nada se diferencia de cualquier otro individuo, pues todos tenemos esa misma libertad para configurar nuestra esfera de actividad del modo que prefiramos, pero esa libertad tiene como reverso la responsabilidad porque la propia esfera de actividad quede organizada de tal forma que de ella no se desprendan riesgos irrazonables de daño para terceras personas.

En esta lógica, el empresario, en tanto garante de la fuente de peligro representada por el proceso productivo en un ámbito de relaciones jerarquizadas como la empresa, es *responsable de dicho ámbito de organización por ser el legitimado para configurarlo con exclusión de otras personas*.<sup>2</sup>

A pesar de que normalmente el proceso productivo conlleva peligros para los trabajadores (por ejemplo la industria de la construcción y la minería, entre otras), esas actividades, se autorizan, siempre y cuando no se rebase el margen de *riesgo permitido* fijado por la norma administrativo-laboral.

---

1 La expresión “contrato de trabajo” aquí usada, lo es en sentido material y no formal, ya que el empresario tiene la misma posición de garante frente a sus trabajadores informales o “en negro”.

2 HORTAL IBARRA, J., *La protección penal de la seguridad en el trabajo*, Barcelona, 2005, p. 241. empresa (*Derecho penal de empresa e imputación objetiva*, Madrid, 2007, pp. 180 y 191).

La actividad laboral constituye, junto con el tráfico rodado y la práctica médica quirúrgica, uno de los ámbitos en que mayor incidencia tiene la figura del *riesgo permitido*. La utilidad socio-económica que reportan dichas actividades, explica la admisión de un determinado umbral de riesgo tolerado, cuya frontera se fija, entre otros factores, en atención a la importancia de los intereses en juego y las posibilidades técnicas de controlarlos.

Esa normativa de prevención de riesgos laborales que fija el riesgo permitido, asigna al empresario/empleador, el *deber de seguridad laboral*.

## II. El deber de seguridad del empresario

El deber de seguridad del empresario es *complejo* o *mixto* y está compuesto por dos niveles: a) *brindar las condiciones seguras* de trabajo y b) *vigilar el acto* del trabajador para que éste cumpla con las medidas de seguridad.

El primer nivel de deber de seguridad (“estándar de seguridad”), impone al empleador: adoptar las medidas de prevención (físicas y organizativas) y sobre todo formar e informar adecuadamente al trabajador, para que éste pueda asociar las medidas de seguridad con el riesgo (y así brindarle el “fondo de conocimientos” necesario para su protección).<sup>3</sup>

Con relación al segundo nivel; el deber genérico de seguridad también impone al empresario conocer -con cierta profundidad- la dinámica real de la actividad laboral en el centro de trabajo (como manifestación de su poder de gestión). Ello se logra a través de una vigilancia genérica. Pero ante una situación de indicios de irregularidad en el cumplimiento de las medidas de seguridad, corresponde una supervisión más profunda (vigilancia especial), en la que el empresario tiene el deber de evitar o neutralizar imprudencias del trabajador, que ya no son imprevisibles. Por otra parte, la normativa laboral impone muchas veces una vigilancia asociada con ciertas actividades peligrosas, donde el riesgo no puede evitarse con medidas generales de seguridad, sino con equipos de protección individual, cuyo uso efectivo impone una vigilancia específica mientras se desarrolle esa tarea concreta. El deber de vigilancia entonces, se compone a su vez, de tres subniveles (vigilancia genérica, especial y específica).<sup>4</sup>

La infracción, por parte del empresario, del deber de seguridad así definido, puede ser alcanzada por el Derecho penal de diferentes modos. En ese sentido, cabe hablar de los delitos imprudentes de resultado; de lesiones y de homicidio (cuando el accidente o enfermedad laboral se produce efectivamente, es decir, el riesgo laboral no permitido se concreta en la lesión o muerte del trabajador) y del “delito de riesgos laborales”, (delito de peligro), que configura la intervención

---

3 Para profundizar en este tema, ver: GALLO, P, *Riesgos Penales Laborales*, Buenos Aires, 2018, pp. 358 y ss.

4 *Ibidem*.

adelantada del Derecho penal y que sanciona al empresario cuando, con infracción de las medidas legales de prevención, coloca a sus dependientes en una situación de *peligro grave*. Este delito de peligro no está previsto en el ordenamiento jurídico argentino, a diferencia de otros países de Latinoamérica y de España.<sup>5</sup>

### III. Responsabilidad penal del empresario por resultados lesivos

De acuerdo a lo que se viene desarrollando, el empresario tiene el deber de disponer de la propia organización (empresa) de modo inocuo para terceros (trabajadores) antes de que de la misma haya salido un curso causal peligroso (*deberes de aseguramiento*). Cuando la situación no es controlable mediante estos deberes, la organización correcta exige *deberes de salvamento*, cuya infracción da lugar a la *comisión por omisión por injerencia*. Lo decisivo entonces, no es un actuar precedente causal o peligroso, sino si los riesgos son *objetivamente imputables a la organización del empresario*.<sup>6</sup>

En el delito de omisión impropia, la mayor gravedad proviene de que el autor ha infringido, *tanto los deberes de aseguramiento, como los de salvamento* -por eso se imputa el resultado a la omisión-, que sería el caso del empresario que infringe su deber de brindar condiciones seguras y también su deber de vigilar e intervenir para salvar los bienes jurídicos (vida y salud de los trabajadores) puestos en peligro, que finalmente terminan lesionados.<sup>7</sup>

Sentado ello, el empresario responde en *comisión por omisión imprudente* por la producción de los resultados lesivos (accidentes/enfermedades laborales) como consecuencia de una transformación, por ausencia de medidas de prevención -normas extrapenales de seguridad laboral- (infracción de deberes de aseguramiento) de un foco de peligro lícito (proceso productivo) en uno prohibido, cuando *además* ese riesgo -ya ilícito- se concreta en una lesión o muerte de un trabajador (infracción de deberes de salvamento).

En este contexto, si el empresario incumple las medidas sanitarias relacionadas con la prevención del COVID-19,<sup>8</sup> generando el riesgo de exposición al virus y

5 Además de España (art. 316 del CP), algunos países de Latinoamérica han introducido este delito en los últimos años en sus códigos penales, además de Perú, también lo han hecho Uruguay y Paraguay. Sobre este tema, ver: GALLO, P., “*El delito de “Riesgos Laborales” en el orden jurídico uruguayo*”, Revista de Derecho Penal N° 25, Montevideo, julio de 2018; LA MISMA: “*El Derecho Penal Laboral y la prevención de riesgos laborales*”, “Revista de Derecho Laboral Actualidad”, ed. Rubinzal-Culzoni, n° 132/2018 (2/3/2018) y LA MISMA: “*Análisis crítico del art. 168 A del Código Penal de Perú (Atentado contra las condiciones de seguridad y salud en el trabajo)*”, Revista Actualidad Penal, N° 46, abril 2018 (Perú).

6 FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Derecho penal de empresa e imputación objetiva*, Madrid, 2007, p. 73.

7 DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., *Omisión e injerencia en derecho penal*, Valencia 2006, pp. 777/8.

8 Ver en este sentido Resoluciones n° 21 y n° 29 de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo (SRT).

ese riesgo se concreta en un efectivo contagio del trabajador que resulta infectado, responde penalmente, en principio, por el delito imprudente de lesiones. Ello, entendiendo que el trabajador ha contraído el corona virus en el centro de trabajo y en el marco del desarrollo de su tarea laboral.

En efecto, ante la ausencia de una norma penal específica para abordar la problemática de los riesgos laborales, se recurre a los delitos genéricos de homicidio<sup>9</sup> y lesiones culposas.<sup>10</sup> Teniendo en cuenta que esos resultados lesivos (muerte y lesiones) son consecuencia del incumplimiento de las medidas de prevención de riesgos laborales (“inobservancia de los reglamentos” en los términos de los citados tipos penales), se configurarán como delitos de comisión por omisión impropia.<sup>11</sup>

#### IV. El contagio del COVID-19 como “resultado lesivo”

Ahora bien, el “resultado lesivo” (*daño en el cuerpo o en la salud*, en términos del art. 94 del CP) que representa el contagio del corona virus, ¿es desde el punto de vista laboral, un accidente o una enfermedad profesional?

En el art. 6 de la Ley de Riesgos del Trabajo (24.557, LRT) se define al *accidente de trabajo* como “todo acontecimiento súbito y violento ocurrido por el hecho o en ocasión del trabajo” y se considera *enfermedad profesional*, aplicando un criterio hermético, rígido y autosuficiente, solo a aquellas enfermedades que se encuentran incluidas en el listado que elabora y revisa el Poder Ejecutivo, conforme al procedimiento del art. 40, apartado 3, de la misma ley.

---

9 Art. 84 “Será reprimido con prisión de uno (1) a cinco (5) años e inhabilitación especial, en su caso, por cinco (5) a diez (10) años el que por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o de los deberes a su cargo causare a otro la muerte. El mínimo de la pena se elevará a dos (2) años si fueren más de una las víctimas fatales.”

10 Art. 94 “Se impondrá prisión de un (1) mes a tres (3) años o multa de mil (1.000) a quince mil (15.000) pesos e inhabilitación especial por uno (1) a cuatro (4) años, el que por imprudencia o negligencia, por impericia en su arte o profesión, o por inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo, causare a otro un daño en el cuerpo o en la salud. Si las lesiones fueran de las descriptas en los artículos 90 o 91 y fueren más de una las víctimas lesionadas, el mínimo de la pena prevista en el primer párrafo, será de seis (6) meses o multa de tres mil (3.000) pesos e inhabilitación especial por dieciocho (18) meses.”

Art.90. “Se impondrá reclusión o prisión de uno a seis años, si la lesión produjere una debilitación permanente de la salud, de un sentido, de un órgano, de un miembro o una dificultad permanente de la palabra o si hubiere puesto en peligro la vida del ofendido, le hubiere inutilizado para el trabajo por más de un mes o le hubiere causado una deformación permanente del rostro.”

Art.91. “Se impondrá reclusión o prisión de tres a diez años, si la lesión produjere una enfermedad mental o corporal, cierta o probablemente incurable, la inutilidad permanente para el trabajo, la pérdida de un sentido, de un órgano, de un miembro, del uso de un órgano o miembro, de la palabra o de la capacidad de engendrar o concebir.”

11 En este contexto, para indagar la eventual responsabilidad penal del empresario debe recurrirse a la Ley 19.587 -que regula todo lo relativo a las medidas de seguridad e higiene en el trabajo-, a la Ley 24.557 (LRT) y también a las distintas reglamentaciones que regulan cada actividad laboral específica.

En este esquema y según el tenor literal de la LRT, contraer el COVID-19 no puede ser una enfermedad profesional, ya que, por ser un virus nuevo no está prevista en ese listado *taxativo*. En tal sentido, el DNU 367/2020 (13/04/2020) aclaró que “se considerará presuntivamente una enfermedad de carácter profesional -no listada- en los términos del apartado 2 inciso b) del artículo 6º de la Ley 24.557” con relación a los trabajadores habilitados para prestar servicios (art. 1) aunque con “causalidad directa e inmediata con la labor efectuada” por los trabajadores de la salud (art. 4).

Respecto de la definición transcripta de “accidente laboral”, ha sido muy criticada por ser muy restrictiva, teniendo en cuenta que existe un número considerable de casos en que el resultado lesivo (lesión o muerte del trabajador) no se produce por un hecho “súbito y violento”, sino por el paso del tiempo.<sup>12</sup>

Algo es *súbito*, cuando se produce “repentinamente”, “sorpresivamente”, o “sin preparación o previo aviso”.

Por su parte, la *violencia* de un hecho, está relacionada con el “uso de la fuerza para conseguir un fin”, algo que ocurre con “ímpetu o agresividad”.

A primera vista y teniendo en cuenta estas definiciones, podría decirse que la exigencia de que el acontecimiento sea súbito, alude a una cuestión “temporal” y la referida a violencia, tiene que ver con la capacidad del hecho de producir “daño de cierta severidad o entidad”.

## V. El contagio del COVID-19: ¿enfermedad o accidente laboral?

Dicho esto, volviendo a nuestra pregunta inicial, el contagio del COVID-19, ¿qué clase de resultado es? Teniendo en cuenta esos dos parámetros que según la LRT definen al accidente laboral, debe señalarse que, en rigor, el contagio del virus es *instantáneo*, y en algún sentido podría decirse que también es “sorpresivo”. Estas características se configuran siempre que el trabajador se exponga a un agente biológico (bacterias o virus). Ello por cuanto, en esas situaciones no puede *verse* al elemento peligroso (como sí ocurre por ejemplo, en el caso de un cielo raso mal colocado, que está a punto de caerse), sino solo *percibirse* un eventual estado de exposición a un “agente susceptible de causar un daño en la salud del trabajador” (por ejemplo, estar cerca de un enfermo de COVID-19), pero no puede observarse al virus en sí mismo (microscópico), una especie de “enemigo invisible”. Que no pueda visualizarse al agente, hace más difícil el control de la situación, y por ende, la protección frente a él (esta falta de control se potencia, si tenemos en cuenta que es posible que nos “sorprenda” la transmisión del corona virus, a través de pacientes asintomáticos).

---

12 BISCEGLIA, V., *La protección penal de la seguridad e higiene del trabajo*, Tesis de posgrado en Derecho penal y criminología, Universidad de Buenos Aires, 2006, p. 70, quien ofrece como ejemplo, el caso de un trabajador encerrado en una cámara frigorífica que muere lentamente congelado, donde el accidente no es ni súbito, ni violento (*Ibidem*).

En este panorama, cabe concluir que el contagio del COVID-19, puede ser *súbito*, en el sentido que le otorga la LRT.

Pero, ¿puede decirse que es *violento*? Si admitimos que ese concepto nos remite a la noción de “agresividad”, en cuanto “aptitud para causar un daño severo”, creo que debe responderse afirmativamente. Si bien no hay un “ataque violento”, en términos de ejercicio de “fuerza”, sí podría decirse que este “enemigo microscópico” es altamente agresivo en cuanto a los efectos dañosos que pueda causar en el cuerpo o salud del trabajador que lo contrae. Ello, en el sentido de la *idoneidad* del virus, es decir *a priori*, desde una perspectiva *ex ante* del contagio y eventual desarrollo de la enfermedad. En esta dirección no debe soslayarse que de acuerdo a las estadísticas con las que se cuenta, la severidad del daño producido por el corona virus, dependerá de cuestiones como la edad del trabajador, de que tenga afecciones crónicas, de que haya tenido complicaciones respiratorias, etc. Creo que en esos supuestos la gravedad es clara, pero el interrogante surge con relación a los casos donde no se dan esas condiciones: ¿podría plantearse la gravedad del mero contagio? Pienso que no sería descabellado considerar que estamos ante un *riesgo grave*, teniendo en cuenta que se trata de un virus totalmente nuevo, del que se desconocen aun las secuelas que puede dejar (aun en pacientes que lo superan).

Expuesto lo anterior, corresponde ahora analizar las características de este resultado lesivo “contagio”, desde el punto de vista penal y conforme a los parámetros del delito de lesiones.

Por lo general, las enfermedades de trabajo no se configuran con el aditamento de imprevisto, súbito o violento que caracteriza, precisamente al accidente de trabajo. Por el contrario, aunque se exterioricen en un momento determinado, estas dolencias en general se incuban en el tiempo en forma lenta y progresiva por el accionar reiterado de las tareas y las condiciones medio ambientales del trabajo antinormativas. Tal es el caso de la exposición permanente a radiaciones, a productos químicos, a ruidos intensos o incluso al polvo en suspensión, en niveles no permitidos.

Esta particularidad de las enfermedades de trabajo genera dudas sobre la aplicabilidad de los delitos de lesiones en estos casos, no sólo por una cuestión de formulación de esos tipos penales, sino también y especialmente porque cuando los resultados lesivos se manifiestan al cabo de largos períodos, la afirmación del nexo causal, que es punto de partida del juicio de imputación objetiva, se torna altamente complicada y en muchos casos, imposible.<sup>13</sup>

Más allá de esos problemas, esta cuestión se relaciona, además con la llamada “imputación de resultados tardíos”.

Los resultados tardíos tienen como nota distintiva la realización de una conducta

---

13 HERNÁNDEZ BASUALTO, H., Delitos contra los trabajadores en el derecho penal chileno, en *Derecho penal laboral*, Buenos Aires, 2011, pp. 72/73.

peligrosa y después de un considerable lapso temporal, la producción un resultado lesivo.

Dicho esto, cabe preguntarse ¿cuándo se considera consumado el delito de lesiones en el supuesto de una enfermedad? Claramente, la respuesta debe ser que la consumación se produce a partir de que se manifiesta un síntoma nítido que permita el diagnóstico de la dolencia.

Ahora bien, por sus características, la enfermedad laboral no es la consecuencia de una sola acción, sino que será necesario que la conducta contraria a las normas de higiene y seguridad se reitere un número indeterminado de veces para que (luego de un tiempo) ese síntoma se manifieste. El momento de aparición del síntoma (y la cantidad de acciones reiteradas necesarias para ello), dependerá de diferentes causas: del factor agresivo al que se expone al trabajador (químico, ambiental, orgánico etc.), de la constitución particular de éste (edad, enfermedades preexistentes, etc.), de la cantidad de horas de exposición, entre otras.

Así por ejemplo, la *bisinosis* es una enfermedad que afecta a los pulmones por inhalación de partículas de algodón, lino y cáñamo, que están presentes en el polvo que se desprende al cortar las telas y tejidos. Es una dolencia típica de quienes trabajan en talleres textiles, donde no se cumplen las medidas de prevención básicas de usar barbijos y de procurar una adecuada ventilación del ambiente -no sólo con aberturas al exterior sino con adecuados extractores de aire-. Luego de cierto nivel de acumulación de partículas, los bronquios comienzan a estrecharse y puede llegar a producirse la muerte por insuficiencia respiratoria. Esta enfermedad puede tener un largo período de latencia, es posible que pasen años antes de que la dolencia se manifieste o produzca un efecto patente en el cuerpo del trabajador.

De este modo puede verse que antes de un “cierto nivel de acumulación de partículas en los pulmones”, el delito de lesión en este caso, no se consuma.

Así planteado, cada una de las acciones antinormativas del empresario (contrarias a las medidas de seguridad) que se reiteran en el tiempo (hasta que aparezca el síntoma) no son *típicas* del delito de lesión (cada una de ellas no producen *per se* el resultado exigido por el tipo penal).

De ello se sigue que esta particular forma de comisión no puede considerarse un delito permanente, ya que no hay un *estado consumativo* que se prolonga voluntariamente por el autor. Tampoco es un delito continuado porque no hay una serie de comportamientos *típicos* realizados de manera reiterada a lo largo de un período de tiempo.

Se trata en realidad de un caso en el que el tenor literal del tipo penal (delito de lesiones) no exige una necesaria pluralidad de comportamientos, pero la permite. Es en definitiva una *realización progresiva* del delito. En efecto, la estructura del tipo penal de lesiones y la “elasticidad” del bien jurídico protegido (salud), admi-

ten que el resultado se cause de forma instantánea (con un solo acto) o *progresiva* (con varios actos que presentan una “unidad de acción”). Esta *unidad de acción* tendrá lugar siempre que, entre cada una de las acciones que se llevan a cabo sucesivamente, se aprecie una relación de proximidad temporal, de modo que desde una valoración jurídica de ellas, puedan agruparse en una acción unitaria y puedan considerarse como un único hecho delictivo.<sup>14</sup>

## VI. A modo de conclusión

Recapitulando todo lo dicho, lo que caracteriza comúnmente a las enfermedades laborales (“a largo plazo”) es entonces el resultado *tardío* y la *ejecución progresiva* del delito de lesiones, ya que son supuestos de *enfermedades ocupacionales* provocadas por la exposición -no violenta ni repentina- a elementos que lentamente van minando la salud del trabajador.

Como puede verse, el contagio del COVID-19 no responde a esta caracterización general de las enfermedades laborales y está asociada a la ejecución *instantánea* del delito de lesiones, equiparable por ejemplo, a la producción de un “golpe” o una “herida” en el cuerpo del trabajador, es decir, *resulta más compatible con la configuración de un accidente laboral que con la de una enfermedad* (conforme a las definiciones que aquí se han dado).

Ahora bien, en este escenario y frente a este nuevo y excepcional virus, surge como gran interrogante *sin respuesta*: ¿cuándo se consuma el delito de lesiones? ¿cuando el trabajador se infecta o cuando presenta síntomas? Cabe destacar que esos dos fenómenos no coinciden necesariamente desde el punto de vista temporal y en este sentido, la “disociación” de ambos efectos se relaciona con las diferentes clases de pruebas de detección y diagnóstico. Las pruebas “serológicas”, no detectan propiamente al virus, sino la respuesta inmunológica contra el agente patógeno (anticuerpos), mientras se está respondiendo o se ha respondido a esta infección. Es decir, que de este modo se prueba la “lucha” del organismo contra el virus, lo que daría cuenta de la existencia de la “enfermedad”.<sup>15</sup> Por su parte, las pruebas “moleculares” detectan directamente el ARN (ácido ribonucleico), esto es, el material genético del virus, antes de que se formen los anticuerpos, así se detecta la infección o contracción del virus *propiamente dicha*, independientemente de que se desarrollen o no síntomas de enfermedad.<sup>16</sup>

---

14 VÁSQUEZ SHIMAJUCO, *La imputación...*, pp. 214/215.

15 Información disponible en [www.bbc.com](http://www.bbc.com). El organismo puede tardar al menos diez u once días en liberar los anticuerpos, aunque luego pueden quedarse por dos o tres meses (potencialmente más tiempo) en el cuerpo antes de que sean indetectables, aunque el virus ya se haya ido (*ibidem*).

16 También se llaman “pruebas de reacción en cadena de la polimerasa” (PCR, por sus siglas en inglés) y son las recomendadas por la OMS para confirmar los casos vigentes de COVID-19. Este material genético está presente en el cuerpo antes de que se formen los anticuerpos, lo que significa que las pruebas moleculares pueden detectar el virus muy temprano, desde el inicio de los síntomas.

Para terminar de complicar el panorama, puede suceder también que más allá de que el trabajador se haya infectado -y hasta desarrollado anticuerpos-, se trate de un paciente *totalmente asintomático*, es decir que *nunca desarrolle síntomas* porque el COVID-19 no produzca afecciones detectables a su cuerpo (no tenga fiebre, ni dolores, ni lesiones pulmonares, etc.). En este contexto, ¿puede concluirse que el mero contagio *per se* configura el “resultado lesivo” exigido por el delito de lesiones? La respuesta a este interrogante dependerá de la posibilidad de que el virus, aun después de ser superado por el trabajador contagiado, deje secuelas que en este momento no estamos en condiciones de conocer. El tiempo lo dirá.

## **Bibliografía**

BISCEGLIA, V., La protección penal de la seguridad e higiene del trabajo, Tesis de posgrado en Derecho penal y criminología, Universidad de Buenos Aires, 2006.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., Omisión e injerencia en derecho penal, Valencia 2006.

FEIJOO SÁNCHEZ, B., Derecho penal de empresa e imputación objetiva, Madrid, 2007.

GALLO, P., “Análisis crítico del art. 168 A del Código Penal de Perú (Atentado contra las condiciones de seguridad y salud en el trabajo)”, Revista Actualidad Penal, N° 46, abril 2018 (Perú).

GALLO, P., “El delito de “Riesgos Laborales” en el orden jurídico uruguayo”, Revista de Derecho Penal N° 25, Montevideo, julio de 2018.

GALLO, P., “El Derecho Penal Laboral y la prevención de riesgos laborales”, “Revista de Derecho Laboral Actualidad”, ed. Rubinzal-Culzoni, n° 132/2018 (2/3/2018).

GALLO, P., Riesgos Penales Laborales, Buenos Aires, 2018.

HERNÁNDEZ BASUALTO, H., Delitos contra los trabajadores en el derecho penal chileno, en Derecho penal laboral, Buenos Aires, 2011.

HORTAL IBARRA, J., La protección penal de la seguridad en el trabajo, Barcelona, 2005.

# DE LAS CASAS A LAS CALLES: *Pequeñas ideas sobre el futuro posible del Derecho del Trabajo*<sup>1</sup>

por Márcio Túlio VIANA<sup>2</sup>

RC D 1748/2020

*Hasta hace algún tiempo, tanto nuestros hogares como la fábrica, el sindicato y el propio Derecho podrían ser retratados, metafóricamente, por el modelo casa. Todos se presentaban firmes, sólidos, resguardados por fuertes paredes, tanto en su dimensión material como en el plano simbólico. Hoy, parece existir una tendencia hacia el modelo calle. En este modelo, puertas y ventanas se abren para lo incierto, lo fluido o mutante. Este texto evalúa el posible futuro del sindicato y del Derecho del Trabajo frente a una nueva realidad.*

“Ventanas y puertas van a abrirse...”  
(Erasmus Carlos, “Debaixo dos caracóis”)

## I. Introducción

La palabra “lar” es tan corta como rica. Aunque más usada en portugués, también en español, ella nos remite, por ejemplo, al espacio físico donde vivimos, junto a las personas que nos son más cercanas y queridas; al dios que cultivaban los antiguos, y que protegía a la familia, en forma de fuego; a la sensación de estar en un rincón nuestro, y de más nadie, y donde los extraños sólo entran si nosotros lo autorizamos.

En su expresión material, durante millares de años nos habituamos a ver el lar (el hogar o la casa) en la forma de una construcción de ladrillos, con sus paredes, su techo y su suelo, así como sus puertas y ventanas. Bajo los aspectos real y metafórico, esta construcción –la casa– transmitía la idea no sólo de solidez y permanencia, sino de defensa y protección.

Con la modernidad, especialmente, el hogar pasó también a simbolizar, en cierto sentido, nuestra relación con el espacio y el tiempo, uno y otro bien separados, bien definidos – al igual que los cuartos, salas y baños– y a su vez definiendo nuestros propios pasos a lo largo de los días y de la vida.

Apenas las puertas –y, en menor medida, las ventanas– mantenían cierta ambigüedad, pues podían tanto abrigarnos y contenernos, cuando estaban cerradas, como soltarnos al mundo, cuando las abríamos a la calle. Y lo que sucedía con el hogar se repetía, de cierto modo, con el sindicato, la fábrica y el mismo Derecho del Trabajo, tanto en sentido real como metafórico.

---

1 Artículo original en portugués: “Das casas às ruas: *pequenas idéias sobre o futuro possível do Direito do Trabalho*”. Traducción al español: Oscar Zambrano.

2 Profesor en la Pontificia Universidad Católica de Minas Gerais – Brasil.

Hoy, sin embargo, esa realidad parece estar cambiando. Y no sólo en relación al hogar sino a las instituciones en general, entre las que está el propio Derecho. Es lo que intentaremos exponer en estas breves páginas.

## II. La casa como retrato de la modernidad

Durante milenios, la representación física de la casa correspondía a la idea abstracta que teníamos del hogar. Al final, aquella estructura rígida, perenne, protectora, simbolizaba nuestra relación con nuestro(a) compañero(a), con nuestros hijos e hijas, e incluso con los objetos que estaban allí.

Y si el hogar siempre fue así, no fue muy diferente con la fábrica. Tal como aquel, contenía elementos de abrigo y de permanencia. Y era también un lugar que daba al trabajador la sensación de que él era un ciudadano, un sujeto con derechos, aunque, en la práctica, no siempre fuera así.

En realidad, los propios derechos –como el salario base, las horas extras, las indemnizaciones– parecían estar allí, contenidos en aquellas cuatro paredes. Ellos legitimaban y también limitaban la opresión del día a día; y el sujeto que los debería pagar, en cierta forma, vivía allí.

En aquella especie de casa, puede decirse que hasta el trabajador reencontraba, en su inconsciente, las figuras de la madre o del padre, tanto en forma de protección como de disciplina, como nos muestran algunas investigaciones<sup>3</sup>. Protección, al darle una especie de pasaporte, evitando, por ejemplo, que fuese llamado de “vagabundo” y víctima de las rondas policiales. Disciplina al ajustarlo a la línea de montaje, girando manivelas o apretando tornillos, a cambio de un salario que le permitía, a veces, hasta olvidarse de lo que hacía<sup>4</sup>.

También en aquella especie de casa –y entre un tornillo y otro– el trabajador podía ir arquitectando sus pequeños planes, como la pesca del fin de semana, la cerveza en la mesa del bar, o hasta, con un poco de suerte, las vacaciones con la familia, tal vez frente al mar. Y en la hora del almuerzo, podía también contar chistes, meterse con los amigos, intercambiar confidencias o hablar de fútbol, viviendo entonces sus minutos de gente.

A veces, hasta podía inventar ciertos trucos para facilitar el trabajo, pues ni siquiera el modelo taylorista había sido capaz de eliminar completamente sus saberes tácitos<sup>5</sup>. En los momentos de más rebeldía, podía también practicar otras formas

---

3 Como las de LIMA, Maria Elizabeth Antunes. *Os equívocos da excelência*. Petrópolis: Vozes, 1996.

4 Sobre este último aspecto, consultar el testimonio de WEIL, Simone. *A condição operária e outros estudos sobre a opressão*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.

5 A propósito, consultar, por ejemplo, DOS SANTOS, Geraldo Alves dos. *A pedagogia da ferramenta: estratégias de produção e formalização de saberes tácitos criados pelos ferramenteiros de uma indústria metalúrgica* (dissertação de mestrado). Belo Horizonte: UFMG, 2004.

de resistencia, garabateando las paredes del baño contra el patrón, holgazaneando cuando la ocasión lo permitía o susurrando noticias sobre la próxima huelga.

Por su parte, y al igual que el hogar y la fábrica, el sindicato se erguía sobre cimientos duros, de buen concreto, y también contenía, moldeaba y protegía al trabajador entre sus cuatro paredes. Y si el lar tenía su dios, en sus muertos, y la fábrica también lo tenía, en la figura de su fundador, en el sindicato este dios era el gran líder, capaz de decir las cosas que todos querían oír, y de proponer las palabras de orden, las tácticas de la huelga, los términos de la negociación.

El Derecho del Trabajo, en cierto modo, se erigió como la fábrica, el hogar y el sindicato, presentando las mismas virtudes de certeza, protección, control y durabilidad. Sus principios eran sus paredes. Y si las puertas y ventanas permitían, a veces, la entrada de algún elemento extraño, era necesario que este tocara el timbre, pidiendo permiso, y se mostrara *compatible* con el interior de la casa —como lo disponía, expresamente, el art. 8º de nuestra CLT<sup>6</sup>.

También como la fábrica, como el hogar y como el sindicato, las normas de protección fortalecían aún más los lazos entre los trabajadores, no sólo porque eran, muchas veces, la prueba viva de sus luchas, sino porque les prometían un destino común. Además, si el Derecho del Trabajo dividía, por otro lado también recomponía, mimetizando en esos dos movimientos la línea de montaje y las jerarquías sindicales. Su paradigma era el contrato sin plazo, casi siempre duradero, previsible, sin sorpresas normativas por el camino.

Siempre como la fábrica, como el hogar y el sindicato, el Derecho perseguía una línea recta, coherente. Y sus principios —así como los cimientos de una casa— también servían para eso. Incluso su vocación de avanzar siempre, redistribuyendo parte de las riquezas (también crecientes) del capital tenía un componente de estabilidad, ya que los avances, naturalmente, se daban siempre en la misma dirección, pues de otro modo no serían avances.<sup>7</sup>

En realidad, el propio mundo era así, mucho más simple, planificado y seguro, con políticas sociales crecientes, y, por eso mismo, todavía bastante optimista y confiado a pesar de sus terribles guerras mundiales. Por ello los grandes sueños y proyectos —abatidos, pero aún existentes— y, por esta razón también, una mayor tolerancia y respeto por las reglas, disciplinas y jerarquías, teóricamente destinadas a realizarlos.

En un mundo como ese, la memoria colectiva conservaba importancia. En el interior del sindicato, así como en el hogar o en la empresa, podían encontrarse más

---

6 En su redacción original, antes de la reforma, aquella norma permitía la utilización de Derecho Común por Derecho del Trabajo apenas en las hipótesis en que este último fuese omiso y entre ambos hubiese “compatibilidad”.

7 En la lección de LA CUEVA, Mario, era un Derecho progresista, inconcluso. El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo, tomo I. México: Porrúa, 1956.

fácilmente antiguos trazos –como mensajes, fotos, escritos o algún otro objeto– que las personas aún reverenciaban. Al final, para realizar el futuro, era necesario valorizar el pasado, reconstruido bajo la mirada del presente.

También por todo esto –y a pesar de los deseos de autonomía, tan queridos por la modernidad– la libertad convivía de forma menos conflictiva con su opuesto, excepto, básicamente, entre los adolescentes y algunas otras minorías. De hecho, hasta en la utopía revolucionaria serían exactamente los trabajadores *subordinados* quienes harían la revolución... No por nada, los sindicatos ignoraban a los trabajadores autónomos, incluso si eran pobres.

En términos reales, y ya en aquel tiempo, el Derecho del Trabajo no garantizaba una dignidad completa para el trabajador, y no tendría como hacerlo, pues estaba sumergido en un sistema desigual por naturaleza, que conspiraba contra el trabajo creativo y gratificante, la empresa siempre útil a la comunidad, la vida humana liberada del consumismo. Aun así, venía garantizando la dignidad posible y, con eso, *el propio Derecho* se mostraba digno de su nombre. ¿Y hoy?

### III. La casa en tiempos posmodernos

Hoy, tanto nuestro hogar, como la fábrica y el sindicato parecen resbalar. Los cimientos adquieren ruedas; las puertas y las ventanas, violentadas, dejan entrar y salir a los más variados personajes; y la supresión literal del requisito de *compatibilidad*, en la nueva redacción del art. 8º de la CLT, es sólo la traducción, en el campo del Derecho, de esa nueva tendencia, que también lo afecta<sup>8</sup>.

Al contrario de lo uniforme, lo previsible, lo seguro, lo estable, lo contenido y lo regulado, vivimos *tiempos líquidos*, como enseña Bauman<sup>9</sup>, o la *emersión de lo múltiple*, como completa Vázquez<sup>10</sup>. Todo es fluido y variado incluidas las verdades. No es de extrañar que en el 2018 “pos-verdad” fuese elegida la “palabra del año” por los profesores de Oxford<sup>11</sup>.

En este contexto, hasta las normas de protección parecen desprotegidas; y ni siquiera los principios les sirven de escudo, ya que ellos mismos pasan a ser relativizados o hasta leídos al contrario. Con menos sueños, proyectos y utopías; y rebeldes –también por esa razón– a todo lo que es organización, disciplina y jerarquía, los trabajadores ya no encuentran en el sindicato una forma de realizarse

---

8 La referencia a la redacción del artículo no significa, evidentemente, que debamos interpretarlo así.

9 BAUMAN, Zigmundt. *A modernidade líquida*. São Paulo: Zahar, 2014.

10 VAZQUEZ, Adolfo Sánchez. *As idéias estéticas em Marx*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1968.

11 COLBETTE, André. “O que é pós verdade, a palavra do ano segundo a Universidade de Oxford”. Nexo. Disponible en: <https://www.nexojournal.com.br/expresso/2016/11/16/O-que-%C3%A9-%E2%80%98pós-verdade%E2%80%99-a-palavra-do-ano-segundo-a-Universidade-de-Oxford>

como personas y como grupo, o aunque sea de suplir sus carencias –hasta afectivas –, para compensar los dolores del trabajo.

Naturalmente, hay muchos otros factores que conspiran contra la unión colectiva. Apenas como ejemplos, podríamos citar el debilitamiento del Estado, el fortalecimiento correspondiente de las grandes corporaciones, la ideología, las tercerizaciones, el modelo de fábrica en red, el *uberismo*, los contratos cortos, diferenciados y fragmentados, y, en general, todo lo que compone la llamada “reestructuración productiva” que prosigue viva y fuerte, aunque con nombres y características a veces diferentes<sup>12</sup>.

Para muchos trabajadores, la CLT ya no parece más el símbolo de su propia resistencia como clase, sino –al contrario– una amenaza a su empleo. Incluso cuando no piensan así, ellos ya no se sienten *marineros del mismo barco*; las nuevas reglas –menos coherentes, más heterogéneas y fragmentarias– no los ligan como antes, y hasta sirven, a veces, para dividirlos, como, por ejemplo, al fomentar la práctica de premios.

Como si no fuese suficiente, hasta la memoria de las luchas va perdiendo terreno frente a la movilidad (hoy, mucho mayor) de los productos, las ideas, las emociones y los propios proyectos personales. Y así se torna más difícil usar el pasado como referencia para construir el futuro.

#### IV. En el límite, la calle

Arriba hablamos de casas con ruedas. Sin embargo, tal vez esta no sea la mejor imagen para describir los nuevos mundos del trabajo y del Derecho. La realidad parece más drástica. Si todo entra y todo sale, y si todo se transforma mucho más, y a una velocidad tan asombrosa, es porque el modelo arquitectónico de la casa está siendo absorbido por su opuesto.

De las construcciones perennes y tranquilas –como lo eran nuestro hogar, las sedes de las empresas, los edificios de los sindicatos y nuestra CLT– pasamos a priorizar el modelo de la calle, con sus esquinas, sus cortes, sus sorpresas, sus *no razones*, su inconstancia, su movimiento convulsivo y casi caótico.

Ahora, si es así –o si por lo menos esa es la tendencia– tenemos básicamente tres opciones por delante, en relación al Derecho del Trabajo.

La primera es simplemente la de resistir, tratando de reforzar los cimientos de las construcciones antiguas, con los métodos antiguos, como si fuera posible persuadir al trabajador para que se una al viejo sindicato, reviviendo razones y emociones, o mostrarle al legislador sus equívocos suponiendo que realmente fueran simples equívocos. La segunda es la de *ir con la corriente*, sea bajo el argumento simplista de que el mundo cambió, sea por desaliento, sea porque, al final, los mila-

---

12 Como es el caso de la llamada “Industria 4.0”

gros aún suceden, y lo malo puede, eventualmente —¿quién sabe?— obtener nuevos ingredientes y de este modo no resultar tan malo como parece hoy.

Pero la mejor solución nos parece la tercera que ya anticipa una especie de mezcla, sin que signifique propiamente un término medio. Por cierto, nada cuesta notar que también las mezclas son un elemento presente en la posmodernidad, como se ve, por ejemplo, en la academia —con la celebración del estudio multidisciplinario— o en las artes en general como en la pintura con fotos, la samba con *rock*, la salsa con *funk* o incluso en el descapotable de los años 50 o 60 equipado con motor de turbina.

En pocas palabras, esa tercera solución implicaría, en síntesis, aprovechar los elementos *positivos* de los nuevos tiempos, ya que ellos también existen, y no son pocos; y tratar de bañarlos con la esencia que el pasado nos legó. Dicho de otro modo, utilizar, estratégicamente, las mismas armas que el sistema viene usando, hoy, para fortalecerse.

La esencia a la que nos referimos es la protección de los oprimidos. A pesar de todas las transformaciones, y hasta en tiempos de liquidez o de “pos-verdad”, ella no desapareció jamás, pues expresa nuestra propia humanidad. Negarla sería lo mismo que afirmar el derecho de volvernos criminales o algo así.

Téngase en cuenta que hasta los movimientos sociales nuevos —o muchos de ellos— han buscado esa especie de *tercera vía*, adaptándose a los nuevos tiempos, o más exactamente a los elementos interesantes que nos traen. Hace poco tiempo, en Belo Horizonte, por ejemplo, la Central Única de los Trabajadores realizó un congreso en plaza pública, con pauta abierta, dialogando con los que pasaban por la calle.

Pero el mejor ejemplo tal vez sean las okupaciones. En lugar de soñar primero para hacer después, los nuevos militantes, u *okupantes*, se dejan influir por el presente, con todas sus inconstancias, y a partir de allí van concluyendo, teorizando y moldeando sus acciones.

Es como si, a falta de un gran futuro confiable, intentasen anticiparlo —a menor escala, y de forma casuística— al presente. Y aprendiendo siempre con la práctica, en el día a día, recreando tácticas y estrategias, aunque sin perder aquella misma esencia.

Otros ejemplos son la búsqueda de más democracia directa, de relaciones igualitarias y de participación. En todas esas dimensiones, los movimientos sociales se nutren de elementos posmodernos; y tratan de rescatar, en sus prácticas, la etimología de la palabra “compañero” —del latín *cum panis*— que en los tiempos antiguos expresaba la costumbre de “repartir el pan”.<sup>13</sup>

Para el sindicato esto tal vez significaría —entre muchas medidas— verse más como coalición que como organización sólida; exigir menos compromiso y aceptar

---

13 BRANDY, Daniel. *Motamorphoses*. Paris: Casterman, 1986, p. 36.

más adhesiones efímeras; cambiar lo vertical por lo horizontal; y reconstruir sus prácticas en términos *líquidos* y *múltiples*, inclusive en el sentido de abrirse hacia afuera de sí mismo.

Y también sería útil, naturalmente, utilizar de forma más eficaz las redes sociales, que no dejan de tener elementos de calle; intentar reconstruir, con otras bases, algo de las solidaridades perdidas, tal vez mezclando el interés colectivo con el individual; y habituarse, humildemente, a un ejercicio constante de autocrítica.

Con todo eso, el sindicato podrá tal vez reinventarse completamente, entrando en sintonía —como decíamos— con elementos de nuestro tiempo e insertando nuevas contradicciones en el sistema. Y el resultado será —¿quién sabe?— el rescate de la dignidad del propio Derecho del Trabajo.

## V. Concluyendo

En medio de tantas opresiones, pero también de tantos movimientos de resistencia, todos nosotros, amantes del Derecho del Trabajo, tenemos el deber de tomar partido. Es más: en los últimos doscientos años, la Historia nunca nos exigió tanto este esfuerzo, pues él simboliza, en el fondo, la elección entre una sociedad más justa y un sistema cada vez más desigual.

Para eso —e imitando a los movimientos sociales— debemos tratar de *okupar* el mismo Derecho, con interpretaciones sensibles, inteligentes y creativas, pero siempre enfocados en la protección de los oprimidos, y sin retroceder en las conquistas históricas. Y ocuparlo será, al mismo tiempo, rescatar sus principios y su propia dignidad.

Pero hasta para que tengamos éxito —y mientras el sindicato no se reinvente— sería necesario también ir a las calles, en sentido simbólico o incluso real, para tocar de algún modo los sentimientos de las personas, aprovechando el hecho de que vivimos, igualmente, *tiempos emocionales*.

Y para hacer despertar esos sentimientos tendremos también que ejercer esfuerzos eficientes de educación, aclaración y contrapropaganda, usando las formas más variadas de hablar —del teatro a la poesía, del cine a las marchas, de los *memes* a los *blogs*— lo que nos exigirá, entre otras medidas, huir del uso innecesario de jerga jurídica.

A propósito, es importante tener en cuenta que —más allá de las okupaciones— el individuo de nuestro tiempo viene encontrando o inventando en las propias calles elementos de resistencia, como sucede todavía en el campo de las artes, con los graffitis, las prácticas de *flashmob*, los bailes en el metro, los teatros en las plazas, las batallas de poesía, los conciertos en los parques, los malabaristas en los semáforos o las *instalaciones* que paran, a veces, el mismo tráfico, para anunciar nuevas verdades, así sean fluidas.

En ese sentido, es el individuo mismo quien parece reinventarse, y no siempre, o no necesariamente, de forma peor que en el pasado. Como *sujeto calle*, tal vez esté más vulnerable, oscilante, corriendo mayores riesgos; y ha generado reacciones opuestas, algunas violentas, como la de los *sujetos arma*; pero lo importante es que frente a él será cada vez más difícil discriminar, asediar o ignorar las distorsiones de nuestra sociedad con impunidad.

Hasta aquel trabajador que parece más pasivo –víctima de la tan citada “captura de la subjetividad”<sup>14</sup>– puede estar siendo inoculado también con un virus activo, que hoy le sirve al sistema pero que tal vez, mañana, le deje de servir. Al final, si el capital trata de hacer que él reaccione como capitalista –performático, obsesionado con la competencia, dispuesto a todo para vencer– ¿hasta qué punto conseguirá controlarlo en el futuro, si él vuelve a percibirse como trabajador?

### Referencias bibliográficas

ALVES, Giovanni. *Trabalho e subjetividade: o espírito do toyotismo na era do capitalismo manipulatório*. São Paulo: Boitempo, 2017

BAUMAN, Zigmundt. *A modernidade líquida*. São Paulo: Zahar, 2014.

BRANDY, Daniel. *Motamorphoses*. Paris: Casterman, 1986, p. 36.

DE LA CUEVA, Mario. *El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*, tomo I. México: Porrúa, 1956.

DOS SANTOS, Geraldo Alves dos. *A pedagogia da ferramenta: estratégias de produção e formalização de saberes tácitos criados pelos ferramenteiros de uma indústria metalúrgica* (dissertação de mestrado). Belo Horizonte: UFMG, 2004.

LIMA, Maria Elizabeth Antunes. *Os equívocos da excelência*. Petrópolis: Vozes, 1996

VAZQUEZ, Adolfo Sánchez. *As idéias estéticas em Marx*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1968.

WEIL, Simone. *A condição operária e outros estudos sobre a opressão*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.

---

14 ALVES, Giovanni. *Trabalho e subjetividade: o espírito do toyotismo na era do capitalismo manipulatório*. São Paulo: Boitempo, 2011

# CORONAVIRUS, PAREDÓN Y DESPUÉS

Ensayo de lo que se vendrá en el Derecho Procesal del Trabajo

por Roxana MAMBELLI<sup>1</sup> y Mariana OTAROLA<sup>2</sup>

RC D 1666/2020

*Las autoras realizan un examen general del estado de situación generada en la Justicia del Trabajo desde la declaración de la emergencia sanitaria generada por el COVID-19 y su impacto en la tramitación de las causas laborales ya iniciadas, las que se iniciarán durante el ASPO e imaginando un futuro de todas ellas atravesadas por el Derecho Procesal del Trabajo.*

## 1. Introducción

Pasado, presente y futuro. Tres simples sustantivos, que también indican tiempos verbales o las grandes épocas en que se divide la historia. Y precisamente en ese punto nos queremos enfocar.

El coronavirus es un enemigo silencioso, como lo plantea el presidente de la nación, que ha generado una pandemia que ha obligado a la gran mayoría de la población a quedarse en casa. Así es el slogan mundial. La historia compara esta situación con la ocurrida con la fiebre amarilla, la peste bubónica, la gripe española; lo cierto es que este virus en particular nace en un mundo globalizado donde se puede llegar a todas partes del planeta en un abrir y cerrar de ojos. También se puede llegar de una punta a la otra rápidamente gracias a las comunicaciones aéreas, terrestres, marítimas y es por eso que un virus que se originó a fines del año 2019 del otro lado del planeta haya llegado a principios del 2020 a Argentina.

Argentina también se tuvo que quedar en casa y ello generó consecuencias y las seguirá generando y he aquí donde a los operadores del derecho nos toca pensar para actuar.

Es que este virus ha afectado en demasía el pasado, afecta el presente y afectará el futuro del derecho de fondo y los procedimientos de forma en el Derecho del Trabajo. Y he aquí nuestro tango.

---

1 Ex vocal de Cámara Laboral de Apelación de Rosario, Sala 2; docente de grado y posgrado en la Universidad Nacional de Rosario; fundadora y actual tesorera de Asociación Nacional de Jueces y Juezas del Trabajo) y Directora Académica de la AADTSS (filial Rosario).

2 Abogada, Especialista en Derecho del Trabajo por la Universidad Nacional de Rosario; Relatora del Juzgado de Distrito de Primera Instancia en lo Laboral de la Tercera Nominación de Rosario; docente de grado en la Universidad Abierta Interamericana y de posgrado en la Universidad Nacional del Litoral y en la Universidad Nacional de Rosario; miembro de la Asociación Nacional de Jueces y Juezas del Trabajo y Prosecretaria Académica de la AADTSS (filial Rosario).

## 2. Pasado

En el pasado han quedado todos los problemas que se generaron en el marco del derecho del trabajo, durante fase de normalidad. Los juicios ordinarios han quedado en estado de *stand by*.

Hubo un empleado cuyo contrato laboral fue extinguido hace cuatro años en una empresa metalúrgica, que tuvo que iniciar un juicio porque se encontraba en una relación en gris (una mezcla de blanco y negro), con las agallas de hacer un juicio a su ex patrón y reclamar la verdad de la relación haciendo valer el principio de primacía de la realidad. Ese trámite que se encontraba en período de prueba, esperando una informativa del CCT del sindicato, a punto de intimar al perito contador a que presente su dictamen, y que se fijara nueva fecha para que un compañero (también con agallas porque sigue laborando para el patrón) declarara a su favor, se encuentra con el paredón del coronavirus, y el caso queda paralizado, en pausa. No es prioridad. La prioridad es quedarse en casa.

Lo cierto es que esta es la ejemplificación de un caso, pero hay miles en similares situaciones, diseminados en los miles de juzgados laborales y cámaras del país. Estos procesos no podrán seguir porque en la mayoría de los casos, los tribunales también lo conforman personas, que tienen que quedarse en casa y los abogados y litigantes también deben quedarse en casa. El proceso laboral y la vida diaria se congelan.

En la prehistoria del coronavirus se había empezado a plantear la necesidad de abrir como nueva rama del derecho procesal, el derecho procesal informático. Tenemos un reciente Código Civil y Comercial que se está *aggiornando* en su relación con la tecnología, regulando documentos y firmas digitales. Estábamos estudiando de qué manera se podía introducir válida y eficazmente prueba tecnológica en el proceso. Y este virus trajo como consecuencia una notable aceleración de esta actualización y estudio profundo de los alcances procesales de las TIC<sup>3</sup>.

Los juicios anteriores, ya en trámite, parece claro que correrán la suerte de abandono y desamparo que aqueja a la mayoría de las jurisdicciones, dependiendo de la mayor o menor informatización y digitalización de cada lugar. Sistemas que no son de fácil implementación.

Pero lo que debe quedar claro es que, levantada la cuarentena, no se retomará de manera automática la actividad, tampoco el caudal habitual de asistencia de profesionales, empleados, funcionarios y magistrados<sup>4</sup>.

La finalización de la cuarentena y las medidas de aislamiento —que según los expertos sólo se eliminarán totalmente cuando se descubra una vacuna o medicación

---

3 Tecnologías de la Información y las Comunicación.

4 Si la idea es evitar aglomeraciones, los tribunales en general y los juzgados laborales en particular, son lugares de muchísimo tránsito de personas, que a su vez han debido utilizar la mayoría de ellas transporte público.

efectiva- no operará el milagro de eliminar la mora y el atraso que, como regla, sufren desde hace demasiado tiempo los juzgados laborales de todo el país. La digitalización –si ya no está implementada- no se logra de un día para otro, como dan cuenta los procesos que en las distintas provincias se vienen llevando a cabo en tal sentido<sup>5</sup>.

Porque, recordemos, sobre el caos reinante cayó la plaga.

### 3. Presente

El trabajo es dignidad. El trabajo hace digno al ser humano. El trabajador es un sujeto de preferente tutela constitucional. Manifestaciones conocidas por todos y que también tienen gran peso conceptual. Casi como decretos al universo. Pues bien, el coronavirus en muchos casos ha generado la pérdida o disminución de ese trabajo<sup>6</sup>. En todos esos casos estamos frente a la generación de un estado de indignidad de las personas. Es cierto que el Estado es el encargado de velar por la seguridad social de lo que acontece -lo dice el catorce bis “garantizar los beneficios de la seguridad social”, concepto emparentado con la dignidad humana- pero, también, es aquí donde nos encontramos con todo tipo de situaciones: empleadores de grandes dimensiones y amplias ganancias y empleadores que no lograron tanta acumulación de riqueza, ni están cerca de hacerlo, sino que se trata de personas que intentan ganarse la vida independizándose un poco de la relación de dependencia, contratando algunos trabajadores; negocios de franquicias de marcas reconocidas, monotributistas, empleados de la construcción, empleados públicos, y sus familias, todos afectados por el mismo virus, todos seres humanos que merecen dignidad.

El Poder Ejecutivo Nacional, así como los ministerios que lo integran, dictaron una catarata de normas a los fines de paliar esta situación excepcional, con un brusco “parate” total que generó frenar la circulación de capital, el ingreso de este, y la afectación para poder afrontar la continuación de contratos de trabajos.

Muchos empleadores para con sus empleados tuvieron variadas soluciones: vacaciones indefinidas, suspensión del contrato de trabajo, modificaciones del contrato de trabajo (entre ellas disminuir las jornadas laborales), situaciones que en la normalidad del pasado hubieran dado lugar al planteo de un *ius variandi* abusivo, pero los trabajadores hoy priorizan eso a perder la fuente de trabajo. Porque también hay miles de trabajadores que fueron despedidos. El DNU 329/2020<sup>7</sup> que aplazó las suspensiones de los contratos y los despidos por 60 días fue dictado once días después de decretada la cuarentena<sup>8</sup>, cuando las suspensiones y despidos

---

5 Con su propio paredón: la falta de diligencia de los poderes judiciales para instrumentarlas y la resistencia de los profesionales para utilizarlas y evitar, de ese modo, actuaciones presenciales y permitir la fluidez del trámite.

6 En el mundo, se prevé la pérdida de millones de puestos de trabajo.

7 Publicada en el Boletín Oficial del 31/03/2020.

8 DNU 297/2020, Publicada en el Boletín Oficial del 20/03/2020.

ya habían ocurrido. E igualmente también hay empresas que, a pesar del decreto, despidieron igual.

Ahora bien, todas las situaciones que son inabarcables en este momento quedaron, muchas, en estado de conflicto verbal, porque la justicia –en numerosos casos– también quedó encuarentenada. Otras situaciones se plasmaron con intercambios telegráficos y otros, tal vez, con mensajes de WhatsApp o correos electrónicos. No hay modo de que haya un marco de legalidad en las mismas porque, insistimos, el trabajo es dignidad y la seguridad jurídica no entró en cuarentena sino que es algo por lo que se debe velar.

Ahí es donde los operadores jurídicos deben entrar en acción para estos casos. Casos urgentes. Casos a la par de una acción de amparo donde se están violentando derechos constitucionales. Gran desafío tiene la justicia del trabajo en este punto porque el mercado laboral es el que recibió, recibe y recibirá el mayor de los golpes.

La justicia del trabajo es la que tiene que dar el marco de legalidad a la decisión del empleador. El tema es el modo.

Porque acá podemos pasar a otro punto que no es menor y que repercute en el hoy y tiene que ver con la mayor o menor inversión en sistemas informáticos de los tribunales y los ámbitos administrativos. Uno de los principios que contiene la nueva reforma del Código Procesal Laboral de la provincia de Santa Fe del año pasado es la despapelización de los tribunales<sup>9</sup>. Es decir la idea es llegar al expediente digital y evitar ir al tribunal y llenar de papeles los recintos. Y el virus lo hizo otra vez, acelerado como es, se tuvo que acelerar la idea del modo en que se podía arribar a la virtualidad de las relaciones jurídicas y el proceso mismo. Algunas más digitalizadas y otras menos, el tribunal tuvo que empezar a pensar en el *home office*, en seguir laborando desde casa. Porque hay que quedarse en casa y seguir paliando estos problemas a la vez.

Es decir, por un lado, necesitamos de herramientas digitales y por el otro de herramientas procesales para poder hacer frente a lo urgente a lo que hoy es prioridad: cobrar. Tener dinero para poder alimentarnos y poder comprar remedios si nos enfermamos por este virus o por el virus que sea. O tan solo seguir alimentándonos para seguir viviendo.

¿Qué herramientas procesales tenemos? Amparos, medidas cautelares, acciones de tutela judicial efectiva, medidas autosatisfativas, procesos monitorios y la conciliación.

Qué importante es hoy la herramienta del avenimiento porque es el modo en que las dos partes logren ponerse de acuerdo frente al problema generado por la pandemia.

Porque el art. 63, LCT, la buena fe, hoy debe primar desde los dos lugares del

---

9 Ley 7945, modificada por Ley Provincial 13840, BO 21/01/2019, artículo previo.

contrato de trabajo. Sabemos todos los que amamos el derecho del trabajo que la particularidad es que no hay un sinalagma perfecto sino que hay una disparidad de condiciones, hay un débil frente a un fuerte. David y Goliat. Buenos y malos. Creemos que se viene un cambio de paradigma en estos días, porque en algunos casos la brecha entre condiciones se achica, por ejemplo, en el caso de una pequeña PyME y sus trabajadores, de una panadería y su vendedora, una peluquería y su ayudante.

Es así como pensamos que en la relación entre partes y las decisiones que se tomen frente a los efectos de la pandemia tiene que estar la justicia tratando de que las concesiones recíprocas sean dignas y justas para los dos partes. Que realmente sea un *win win*, que haya cesión de las dos partes acercándonos más a la mediación y tratando de sostener el derecho de las dos partes -sin olvidar los derechos irrenunciables de los trabajadores-. Es en este aspecto donde los jueces del trabajo deben prestar atención y lograr que el hoy se logre transitar del mejor modo posible o que no lesione tanto, al menos.

En cuanto a los procesos que podrían iniciarse durante la emergencia, resultan obvios los derivados de la misma legislación, como v.gr. la prohibición de suspensiones y despidos (DNU 329/2020). La vía es contingente, pero como regla deberá ser cualquiera de las que se implementen para soluciones urgentes<sup>10</sup>, los procesos abreviados, las medidas autosatisfactivas, tutelas anticipadas, amparos.

No podemos soslayar de ninguna manera que el juez es quien determina –finalmente- el trámite que ha de imprimirse a una determinada pretensión (podría, tal vez, adecuar la petición al juicio de amparo, si así procediera y fuera la vía más rápida para satisfacer un crédito) y, en este sentido, está ínsito en sus poderes y facultades la de establecer adecuaciones y solucionar situaciones anómalas de modo tal de no quedar enredado en un trámite imposible en época de pandemia con las limitaciones presenciales que ya vimos.

Por ejemplo, entre otras contingencias que se enfrentan, se nos ocurre que, ante la dificultad para ordenar la tramitación de un oficio de pago, podría resolver el juez remitir con su firma digital el oficio al profesional para que éste lo imprima y con su sola firma gestionar que el trabajador –o el mismo profesional en caso de honorarios- lo pueda percibir del modo que la entidad bancaria lo autorice.

---

10 En Santa Fe, por acuerdo extraordinario de la CSJ del 14/04/2020, se estableció que debían atenderse los cobros de honorarios profesionales ya regulados (punto 5) y, concretamente para el fuero laboral, la homologación de acuerdos y convenios y habilitación de pagos pertinentes; los procesos de amparo; los procedimientos abreviados sólo los previstos en el art. 121 (“pronto pago”) hace a sumas reconocidas; Incs. A y c, art. 123: despido directo sin invocación de causa; despido directo causado en falta o disminución de trabajo (en relación a las indemnizaciones que corresponden); art. 135 y 136, accidentes de trabajo y enfermedades inculpables, cuando un crédito al respecto está firme (“pronto pago”), o cuando está reconocido, mediando solo controversia sobre el grado de incapacidad o monto de la indemnización. Y cualquiera otra actuación judicial que, de no tramitarse, pudiera causar perjuicios irreparables.

Es una época de virus, pero también de solidaridad y buena fe. Por qué no, entonces, cambiar el eje de la consideración judicial y entender que es válido todo lo actuado por el profesional del derecho excepto que se demuestre luego lo contrario. Frente a esta situación, por qué motivo los colegios profesionales no podrían “avalar” a sus colegiados haciéndose cargo –a modo de fianza- de los daños y perjuicios que se pudieran ocasionar.

Tal vez la emergencia y la imposibilidad fáctica de notificaciones tradicionales (estamos hablando de la persona del empleador, a veces en actividades que no están excluidas de la cuarentena y, por ende, un establecimiento cerrado) haría necesario que los jueces incrementen la imaginación para validarlas, a lo mejor utilizando alguna fórmula que –bajo promesa del profesional que promueve la demanda- en cumplimiento del deber de buena fe que incumbe a todos los ciudadanos y en especial en esta época de emergencia, se entienda que es la correcta bajo algún apercebimiento que el juez puede pergeñar legítimamente.

En cuanto al trámite elegido para hacer cesar los efectos de un despido o suspensión dispuesta en contra de la normativa vigente, la vía de amparo es una de las posibles si no hubiera otra más idónea o específica. Si está prohibido despedir, la reincorporación debe ser hoy. Es decir, no es un caso urgente más: quien es privado ilegítimamente de su remuneración –sea por despido o por suspensión- está condenado casi a la indigencia, ya que ni podrá deambular buscando empleo ni estará habilitado a “changuear para parar la olla”. Ningún sentido tiene para el afectado esperar los tiempos demorados de la justicia porque lo que la norma pretende es mantener el empleo (según su expresión de motivos).

En fin, acá tenemos que las causas “viejas” ya vienen con el estigma de la mora y la sobrecarga de tareas de los juzgados; las “nuevas” son de vida o muerte, postergan a todo lo demás, porque no se puede aguardar la recuperación de la normalidad en el tribunal. El daño por reparar es el de hoy.

#### **4. Futuro**

Así llegamos al futuro. Futuro que al derecho laboral lo va a encontrar con la camionada de causas del pasado que quedaron en *stand by* y que en muchos casos, lamentablemente, va a tener que dictar sentencias que queden, como nos decían en la facultad, enmarcadas en un cuadro que no se puedan ejecutar porque, lamentablemente, muchas empresas habrán cerrado, concursado, quebrado y ahí donde el derecho comercial y concursal deberá colaborar así como el derecho societario.

Se vislumbra una lucha para que las empresas que realmente fueron golpeadas por la pandemia (sólo a título de ejemplo, la turística sin margen de duda) puedan, por un lado, honrar sus deudas y, al mismo tiempo, mantener de algún modo los puestos de trabajo en actividades que se verán seriamente afectadas por las secuelas de la crisis excepcional que estamos padeciendo.

Habrá que hacer grandes interrelaciones entre las ramas del derecho en pos del bien común.

Además, el derecho laboral tendrá que lidiar con las situaciones ocurridas en este lapso encuarentenado y con reglamentaciones específicas, las que deberán aplicarse e interpretarse conforme el marco en que se dictaron y ante una realidad que sólo podemos acá conjeturar. Todo ello, sin olvidar que la pandemia generó un estado diferente al conocido, y desde ahí juzgar y hacer justicia. No es lo mismo que el empleador deba reducir jornada y pagar menos sueldo en época de pandemia, que hacerlo en plena actividad normal y habitual. Entre otras situaciones, aplicar o no el *ius variandi* dependerá del contexto en que la situación se haya desenvuelto.

## 5. Conclusión

El derecho del trabajo y el derecho procesal como lo conocíamos hasta el 20 de marzo del 2020 ha cambiado. El rol que incumbe a todos los operadores del derecho laboral debe modificarse, replantearse: trabajador, empleador, sindicatos, abogados representantes y jueces deben ampliar su protagonismo y variar los conceptos tradicionales frente al estado de emergencia sanitaria que nos obliga a quedarnos en casa y, como consecuencia de ello y del riesgo inmunológico generado, ha paralizado la mayoría de las actividades comerciales e industriales, así como los servicios.

Al poder judicial y a sus operadores incumbe –en la emergencia- reparar el daño inminente de la mejor manera posible, con creatividad y responsabilidad.

Fundamentalmente, no quedarnos con lo sabido, con los libros y los códigos que, francamente, en su gran mayoría parecen pensados para una época pasada que no volverá, al menos en lo inmediato.

Será tiempo de volver a la Constitución, a ese “libro” que contiene todos los derechos por los que se debe velar: El trabajo protegido por leyes, los beneficios de la seguridad social, la protección integral de la familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna. Y podemos también pensar en uno de los principios de la seguridad social, la solidaridad por sobre todas las cosas, que no solo debe ser vista para el aporte y el reparto de los beneficios sino entendida como el cristal a través del cual los sujetos involucrados analicen los reclamos y las soluciones.

# COVID-19 Y JUSTICIA DEL TRABAJO

por Carlos J. G. GARIBAY<sup>1</sup>

RC D 1681/2020

El “durante” el receso judicial por el COVID-19, y el día “D”, de reinicio de la actividad normal ¿son situaciones idénticas desde el punto de vista del servicio de justicia y de las normas de fondo y forma, o reclaman una mirada nueva y específica? En el artículo nos inclinamos por la segunda hipótesis, lo que exige un “porqué”, y nos conmina a un “cómo”.

## **I. Servicio de Justicia en el “receso” por la emergencia sanitaria y el aislamiento social**

En estos días de normas de emergencia con impacto directo sobre las relaciones individuales y colectivas del trabajo y sobre las prestaciones del servicio de justicia, se escuchan voces desde el amplio arco que comprende a profesionales del derecho, jueces, colegios de magistrados, colegios de abogados y sindicatos de empleados judiciales. En alguna medida, todos tienen una porción de razón, aunque no se expliciten todas las razones y verdades. De hecho, el funcionamiento pleno del Poder Judicial tiene que ver, además de con diversas cuestiones alimentarias, honorarios de abogados y peritos incluidos, con la división de poderes de la República (art. 1, Constitución Nacional). Como hoy el centro es la emergencia sanitaria y social, solo hablaremos de las prestaciones del servicio de justicia.

En la actualidad los jueces en todo el país trabajamos en nuestros domicilios con las limitaciones que conlleva el aislamiento social, preventivo y obligatorio del originario DNU 297/2020 y sucesivos hasta el actual DNU 355/2020, comunicándonos permanentemente con nuestros colegas, funcionarios y en muchos casos, empleados, intercambiando ideas y propuestas para el servicio judicial en la emergencia sanitaria. Nuestro trabajo actual también incluye el estudio profundo de la totalidad de las normas de emergencia, de orden público, inmediatamente aplicables y que conformarán, a no dudarlo, el menú normativo invocado por los

---

1 Juez de Primera Instancia de Distrito en lo Laboral N° 3 de la ciudad de Santa Fe. Posgrado Derecho Laboral, UNL (1998). Especialista Ingeniería en Calidad, UTN Regional Santa Fe (1998). Posgrado Derecho Colectivo del Trabajo, UBA (2007). Ex Profesor Adjunto Derecho del Trabajo (Ciencias Económicas, UNL). Profesor Licenciatura en Higiene y Seguridad (UTN, Regional Santa Fe). Ex asesor de CTERA (Wenceslao Arizcuren) y diversas organizaciones gremiales. Evaluador Premio Nacional a la Calidad, Sector Público, Año 2001. Evaluador Premio Nacional a la Calidad en la Justicia, años 2018 y 2019. Asesor Técnico del Grupo Empleador del Consejo Nacional del Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo, Vital y Móvil, a propuesta de la Unión Industrial de Santa Fe y de la U.I.A. (Unión Industrial Argentina) en cumplimiento de la Resolución N° 2/2008 de la CNEPySMVM.

abogados en sus próximas presentaciones en los tribunales. También los Colegios de Abogados hacen públicas sus inquietudes sobre la cuestión. La emergencia planteada exige dos planos de análisis. El primero, o primario, consistente en establecer modalidades de prestación del servicio para los días que dure el “Aislamiento social, preventivo y obligatorio” (hoy hasta el 26 de abril de 2020, pero sin que podamos asegurar que no se deba volver a prorrogar), prestación que debemos brindar estemos comprendidos o no cada uno de nosotros en la población de riesgo, y en este último caso, en la medida de lo posible. Al respecto, no es necesario aclarar que la definición de las modalidades de la prestación la tienen la Corte Suprema de Justicia de la Nación y las Cortes o Tribunales Superiores provinciales. La línea general de la política judicial sigue las pautas de la emergencia sanitaria y de su saga de normas de orden público, cuyo objeto principal es preservar la vida y la salud de la población, por vía de impedir la propagación y contagio del COVID-19. La forma básica para lograrlo es limitando al máximo la circulación de las personas. La vida es el primer derecho humano fundamental (art. 3, Declaración Universal), condición necesaria -como se ha dicho muchas veces- de la existencia del resto de los derechos humanos.

En este primer plano, las iniciativas sobre modalidad de prestación se presentarán por dos carriles: lo que dispongan la Corte Nacional y las Provinciales, como se dijo antes, y las iniciativas que -de modo limitado y necesariamente alineado con los criterios de las Cortes- podamos imaginar y llevar adelante cada uno de los jueces en nuestros juzgados con las causas en trámite, fruto de la creatividad y de nuestro contexto social, geográfico y hasta material.

Pero hay un segundo plano que ya se avizora, urgente, y que quizás por el “ruido” de noticias de todo tipo de estas horas, todavía no emerge en las publicaciones especializadas. Todavía.

El día “D” es el de la reanudación de los plazos procesales, o, dicho de otra forma, el de la normalización de la actividad tribunalicia, aunque me apresuro a anticipar que nunca vamos a ver una normalización, en el sentido de que no vamos a volver a lo que solía ser “lo normal”. Ello porque a la reanudación de los procesos actualmente paralizados, se le sumará un aluvión de causas *derivadas de la pandemia y sus consecuencias económicas y sociales*.

## **II. El modelo en preparación en España**

El Consejo General del Poder Judicial es un órgano constitucional, colegiado, autónomo, integrado por jueces y otros juristas, que ejerce funciones de gobierno del Poder Judicial en España, una de cuyas finalidades es garantizar la independencia de los jueces en el ejercicio de la función judicial. En estos días, literalmente, está elaborando lo que denomina “*Plan de Choque*” para el momento de reanudación de las actividades jurisdiccionales, previendo justamente el “aluvión” venide-

ro, y concretamente, los casos nuevos, fundados en situaciones que derivan directa o indirectamente de la crisis del COVID-19, proponiendo medidas concretas para los casos nuevos con ese origen.

De modo que algunas de las ideas que aquí se mencionan no son de quien suscribe este artículo sino del *“Primer documento de trabajo sobre medidas organizativas y procesales para el plan de choque en la administración de justicia tras el estado de alarma”*, accesible en el sitio del CGPJ (<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/>), solo que con algunas adaptaciones para nuestro país y provincia (de Santa Fe). Lo aclaro porque el uso de algunas palabras, en un momento de tanta sensibilidad social y hasta ideológica, debe ser “perdonado” y comprendido según la fuente que utilizo.

Menciona temas de “orden general” tales como la productividad en el régimen retributivo de las carreras judicial y fiscal (Ley 15/2003), la cuestión de la Feria y su posible habilitación sin perjuicio del derecho a las vacaciones anuales de magistrados, funcionarios y empleados (de hecho, de nuestra normativa de emergencia debería interpretarse que los días de aislamiento social no son vacaciones, por lo menos hasta ahora –v.gr., art. 3, Res. MTEySS N° 178/20, ó art. 6, Res. N° MTEySS N° 279/2020). En materia “civil” reclama medidas legislativas urgentes para flexibilizar las actuaciones judiciales apuntando a trámites expeditivos, evitar ralentizaciones e incrementando el uso de medios tecnológicos, propicia evitar toda paralización innecesaria de los procesos, la incorporación en los escritos de correos electrónicos y teléfonos con compromisos de localización de los litigantes para agilizar citaciones y notificaciones, refiere al riesgo de los pronunciamientos contradictorios en litigios fruto de la crisis y propone cauces de unificación de criterios interpretativos. Propone desincentivar litigaciones sin fundamentos, condicionando el ejercicio de las pretensiones y de sus oposiciones “cuando obedezcan a motivos censurables”, incluyendo una regulación específica de la condena al pago de costas “ampliando el margen de valoración a circunstancias tales como formular planteamientos insostenibles, litigios que buscan únicamente la imposición de costas propias o en las que se sostengan posiciones contrarias abiertamente a criterios judiciales consolidados, e incluso multas en favor del Estado como consecuencia del mantenimiento de posiciones injustificables”. En materia de “Familia” anticipa sobrecarga de trabajo judicial por pretensiones modificativas (de alimentos) derivadas de despido, cese de actividades productivas, etc., así como por compensación de días de visita a hijos comunes. Propone medidas coyunturales, estructurales y legislativas, tales como refuerzos en los Juzgados de Familia, puesta en marcha “de los previstos”, y el establecimiento de un trámite de incidente de ejecución rápida para resolución de peticiones de compensación de régimen de visita. Plantea como requisito de admisibilidad de demandas de divorcio habiendo hijos menores, un documento sobre regulación del ejercicio futuro

de responsabilidades parentales, entre otros. Postula también el “juicio verbal”, y previa definición de cuantías y materias, sentencias orales debidamente motivadas y registradas en el correspondiente soporte audiovisual, así como explorar la extensión y los efectos del denominado “juicio testigo”, propio de la jurisdicción contencioso-administrativa.

En materia “mercantil”, propone procedimientos de insolvencia ágiles para facilitar la continuidad de las empresas y salvar el tejido industrial y los puestos de trabajo, y medidas para facilitar la labor de los Magistrados, racionalizar el trabajo de las oficinas judiciales evitando reclamaciones “en masa” que no sean prioritarias y colapsen la tramitación de estos procedimientos de insolvencia, así como permitir nuevas negociaciones de deuda a quienes estén cumpliendo un convenio o acuerdos de refinanciamiento. Vale recordar que en los despidos por insolvencia, dadas ciertas condiciones, las indemnizaciones son a cargo del Fondo de Garantía Salarial del art. 33 del Estatuto de los Trabajadores. También contiene propuestas en materia “contenciosoadministrativo” y “penal”.

Ya en materia “social”, nuestro tema, propone habilitar el Fuero para “expedientes de regulación temporal del empleo, adaptación de horarios de trabajo y reducción de jornada (Acuerdo de la Comisión Permanente del CGPJ del 19/3/20), y exige reformas normativas y organizativas, ya que se presentarán no solo casos nuevos “clásicos”, sino también casos derivados de la crisis del COVID-19, lo que se sumará a la reactivación de los casos pendientes, mencionando que en España habían al 28/03/2020 246.235 expedientes judiciales y sólo en Marzo de 2020 hubo 302.265 desempleados más que en Febrero de 2020. Anticipa un previsible incremento de los procesos de reestructuración empresarial (contemplados en el Estatuto de los Trabajadores), más los derivados de situaciones de (suspensión de ciertos efectos del contrato de trabajo por) incapacidades inculpables, más las pretensiones por accidentes y/o enfermedades del trabajo por COVID-19, más los de responsabilidad civil por incumplimiento de medidas de prevención. Ante tal panorama, recomienda la ampliación de los plazos de caducidad en la mediación y/o conciliación preprocesal (art. 6 Ley Reguladora de la Jurisdicción Social), actos de conciliación dentro de los procesos, generalización de la comunicación telemática en los juzgados con los servicios de mediación y conciliación, refuerzo de la oralidad con el dictado de las sentencias “in voce” (art. 50, LRJS), con grabación pertinente. Habla de los procedimientos de recuperación de horas de trabajo no prestadas durante el permiso del Real Decreto-ley 10/2020 (29/03/2020), de revisar los procesos monitorios, etc. Como no podía ser de otro modo, habla también de cuestiones organizativas tales como los recursos económicos, humanos y materiales de los juzgados, de adscripciones de jueces voluntarias u obligatorias para “normalizar las pendencies y los tiempos de respuestas”.

En fin, el documento que resumo impiadosamente, es ante todo un disparador para que en forma creativa y colaborativa elaboremos los laboristas propuestas

para lo que podemos denominar “*era de las postulaciones hijas del COVID-19*”, que serán muchas y se adicionarán a los procesos judiciales anteriores, detenidos, y a los nuevos, de “formato” y fundamentos “clásicos”.

### **III. Final abierto y construcción colectiva**

Como en “Rayuela” de Julio Cortázar, este artículo puede tener infinitos finales según combine el lector con sus propios aportes. Los invito a ese juego. Propongo un listado inicial:

1. - *Durante el receso administrativo y/o aislamiento, definiendo rangos horarios*

- Habilitar el Fuero Laboral *al solo fin de presentaciones conjuntas de trabajadores y empleadores con acuerdos transaccionales* en cuestiones de jornada y salario, modalidades de prestación de servicio (presenciales o desde el lugar de aislamiento), licencias, y situaciones que tratadas en forma oportuna puedan evitar litigios futuros.
- Habilitar sistemas electrónicos al solo fin de facilitar, promover, gestionar y homologar acuerdos transaccionales en expedientes en trámite, garantizando la bilateralidad y transparencia de las tratativas.
- Habilitar y promover la comunicación directa de los abogados (y eventualmente, peritos) con el Juez por correo electrónico, por expedientes en particular, garantizando la bilateralidad y transparencia de las tratativas (por ejemplo, haciéndose saber semanalmente todos los intercambios habidos, con nombre de profesionales e identificación de expedientes concernidos).

2. - *Para una vez reiniciada la actividad normal judicial*

#### Actividad legislativa

- A nivel nacional por parte del Congreso de la Nación.
- A nivel provincial, modificación del actual procedimiento declarativo de trámite abreviado regulado en el Código Procesal Laboral de Santa Fe, en cuanto a materias, posibilitando presentaciones conjuntas de trabajadores y empleadores y, con enumeración taxativa, de los propios empleadores, en tanto apunten a posibilitar el mantenimiento de puestos de trabajo.
- Implementación de sistemas de conciliación previa al juicio (judicial o extrajudicial).

## Actividad judicial

- Convocatoria a audiencias de conciliación en los procesos en trámite, explorando todo el potencial de esa herramienta. Por ejemplo, ¿la “simplificación de las cuestiones litigiosas” debe quedar sólo limitada a la audiencia del art. 51, Código Procesal Laboral de Santa Fe?
- Designación de “Conciliadores” en los Juzgados, conforme lo habilita la Ley 13.840, modificatoria del Código Procesal Laboral de Santa Fe.

Siguen ustedes. Agradeceré aportes y sugerencias a: [cjggaribay@hotmail.com](mailto:cjggaribay@hotmail.com)

# SUSPENSIÓN Y DESPIDO EN LA EMERGENCIA.

por Lorenzo P. GNECCO

RC D 1597/2020

*El autor realiza un minucioso análisis cronológico de la normativa dictada por el Gobierno como consecuencia del avance de la pandemia COVID-19 -que evidencia una finalidad altamente protectora al trabajador-, y de su impacto en las relaciones laborales públicas y privadas, haciendo especial hincapié en los institutos del despido y la suspensión.*

## I. La legislación de emergencia

a) En la vida de un Estado, pueden producirse ciertos fenómenos de extrema gravedad que son aptos para llegar al extremo de provocar la destrucción de la propia organización política global, con la consecuente desaparición del Estado<sup>1</sup>. Constituyen una situación que el Derecho público ha caracterizado como de *emergencia*. LINARES QUINTANA vincula en tal sentido dicho problema con la subsistencia del Estado<sup>2</sup> y en parecido sentido BIDART CAMPOS la refiere como peligrosa situación, patológica para la Constitución<sup>3</sup>, al igual que la Comisión Europea de Derechos Humanos<sup>4</sup> y gran mayoría de los autores. Existe también dentro de dicho espectro, lo que en un tiempo hubo de conocerse como *estado de prevención y alarma*, el cual entraña una situación institucional preventiva ante la eventualidad de una crisis<sup>5</sup>. Se produce en dichos casos, o sumamente próximo está, un estado de necesidad máxima o emergencia, una peligrosa tempestad, que impone el deber de superarlo mediante la adopción de medidas que sean de carácter extraordinario y excepcional. Un derecho *de necesidad*<sup>6</sup>.

En la organización política de Roma durante su período republicano, en situaciones de grave emergencia el Senado estaba facultado para designar un dictador en el cual se concentraba el ejercicio de todos los poderes gubernamentales, una magistratura extraordinaria impuesta temporalmente, y que concluía cuando el Senado consideraba superada la crisis<sup>7</sup>. Los sistemas modernos han propiciado,

---

1 BADENI, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional*, Bs. As., 2ª. ed., t. II, p. 1313.

2 LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, Bs. As., 1956, t. V, p. 395.

3 BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de la Constitución reformada*, Bs. As., 1998, t. 2, p. 349.

4 Sentencia del caso *Lowes*, cit. por GARCÍA BELSUNCE, Horacio, *La emergencia en la Constitución Nacional*, ED, t. 154, p. 870.

5 ZIULIU, Adolfo G., *Estado de sitio*, Bs. As., p. 173/74.

6 SAGÜÉS, Nestor P., *Elementos de derecho constitucional*, 2ª. ed, Bs. As., 1997, t. 2, p. 189.

7 BADENI, Gregorio, op. cit., t. II. p. 1314.

en cambio, enfrentar la emergencia con las instituciones que debe prever el propio orden constitucional para su defensa. Se ha dicho al efecto que un régimen democrático debe prevenir no solamente su vigencia en situaciones de normalidad, sino también bajo circunstancias extraordinarias cuando los hechos desencadenados amenazan poner en peligro la estabilidad y subsistencia del sistema constitucional<sup>8</sup>.

La misma ha sido la solución adoptada por nuestra Constitución federal. Ella debe regir, tanto en tiempos de paz o normalidad, como también durante el curso de cualquier tipo de emergencia económica, social o política, incluso en tiempos de guerra<sup>9</sup>. Dicha solución resulta de una interpretación teleológica de su art. 29, consecuente con la esencia de una democracia constitucional, y su art. 28. El orden constitucional, ante el peligro provocado por una emergencia, se preserva respetando su vigencia. Dicha forma de respuesta es también la establecida por el art. 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Las instituciones de emergencia contempladas por la Constitución Nacional serían tres: la declaración de guerra, el estado de sitio y la intervención federal a las provincias (art. 75, incisos 25, 29 y 31). Las mismas constituyen las respuestas institucionales regladas por la Constitución ante emergencias de carácter político. Luego de la reforma de 1994, se admitieron dos tipos más de emergencias, las que dan lugar a la delegación legislativa (art. 76) y las que autorizan al PEN al dictado de decretos de necesidad y urgencia (art. 99, inc. 3)<sup>10</sup>.

No obstante, a través del tiempo, y por vía legal, esto es, a través de normas infraconstitucionales, se han ampliado las medidas de emergencia, apreciándose una pluralidad de situaciones calificadas “de emergencia”, en materia económica, previsional, agropecuaria, sanitaria, etc.<sup>11</sup>. Se ha sostenido al efecto que, en el curso de una emergencia de justificada gravedad, el Congreso está autorizado para establecer leyes conducentes para superar tal contingencia, leyes que pueden limitar con mayor intensidad los derechos constitucionales, pero que no pueden traspasar el marco de la Constitución ni configurar un desconocimiento absoluto de los derechos y garantías previstos en la Ley Fundamental<sup>12</sup>. Y es que la solución de la emergencia se concreta en el marco de la Constitución.

No se discute que los supuestos de “*emergencia*” deben ser graves, excepcionales, situaciones de crisis –de necesidad máxima–, ya que es dicha singularidad y excepcionalidad lo que justifica –correlativamente– la adopción de medidas de

---

8 LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, Bs. As., 1977/1988, t. VI, p. 286.

9 BADENI, Gregorio, *Tratado*, cit., t. II, p. 1314/1315.

10 GELLI, María A., *Constitución de la Nación Argentina*, Bs. As., 5ª. ed., t. I, p. 519.

11 GRILLO, Iride Isabel, *Constitución y emergencia*, Academia Nac. de Derecho y Cs. Sociales de Córdoba, p. 1.

12 BADENI, Gregorio, *Tratado*, cit., t. II, p. 1320.

excepción, no bastando los poderes ordinarios asignados por la normativa a las autoridades para la superación de la crisis.

Cuando se configura una situación de grave perturbación económica, social, o política que representa un peligro máximo para el país -ha dicho la Corte Suprema nacional-, el Estado democrático tiene la potestad y el imperioso deber de poner en vigencia un derecho excepcional, ello es, un conjunto de “remedios extraordinarios” destinados a asegurar la autodefensa de la comunidad y el restablecimiento de la normalidad social que el sistema político de la Constitución requiere<sup>13</sup>. El Estado puede entonces valerse lícitamente de los medios que permitan combatir con éxito dichas perturbaciones.

Mediante el ejercicio del poder de policía durante la emergencia -que supone un estado de necesidad- resultaría hasta factible suspender el ejercicio de ciertos derechos o limitar su ámbito de extensión, imponer restricciones más intensas a los derechos constitucionales.

b) Con todo, y según se viera, la habilitación de un derecho excepcional en modo alguno podría ser interpretado por encima de la Constitución, de manera contraria a las normas constitucionales, puesto que las medidas de emergencia tienden precisamente a la defensa del sistema constitucional y de las autoridades por él creadas y deben hallarse encaminadas a restablecer la normalidad social<sup>14</sup>. Los poderes del Estado no son ilimitados, y han de ser utilizados siempre dentro del marco del art. 28 de la Carta Magna y bajo el control de los jueces<sup>15</sup>, quienes deben desempeñar con *cuidadoso empeño* su función de custodios de la libertad de las personas<sup>16</sup>. La legitimidad misma del estado de emergencia es, justamente, la defensa y el amparo del orden constitucional. Si el fundamento último de las normas de emergencia es la superación de una situación terminal, crítica, su finalidad será la consecución del bienestar general mediante la limitación de ciertos derechos subjetivos, mas, siempre dentro del marco de la razonabilidad a fin de no lesionar el Estado de Derecho. Bien se ha dicho por ello, que “a mayor emergencia, más Constitución, frente al desamparo, más amparo, frente a la crisis, mayor tutela judicial efectiva”<sup>17</sup>. Y es que en todas las circunstancias y en todos los tiempos subsiste la autoridad de la Constitución, inclusive en los casos extraordinarios.

Por ello, se conviene pacíficamente, dicha clase de ejercitación de facultades extraordinarias debe ser *razonable* en su contenido y *transitorio*, sin poder afectar derechos adquiridos<sup>18</sup>. Las restricciones no podrían superar el límite resultante del art. 28 de la Ley Fundamental llegando al extremo de cercenar definitivamente o

---

13 CSJN, 27/12/90, *Videla Cuello, Marcelo c/ Prov. de La Rioja*, Consid. 17.

14 GRILLO, Iríde I., op. cit.

15 CSJN, *Videla Cuello*, fallo cit.

16 CSJN, fallo cit. Consid. 17.

17 GRILLO, Iríde I. op. cit., p. 2.

18 BADENI, Gregorio, *Tratado*, cit., t. II, p. 1320.

desconocer tales derechos, sea de manera total, sea de manera parcial<sup>19</sup>. Así surgiría, por lo demás, de la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema<sup>20</sup> y de la doctrina constitucional<sup>21</sup>.

La limitación de los derechos subjetivos en dicha instancia significa ordenación, pero no supresión, ni tampoco suspensión, toda vez que como apuntara también el Alto Tribunal, la situación de emergencia, a diferencia del estado de sitio, no suspende las garantías constitucionales<sup>22</sup>.

El desafío y la fortaleza de un gobierno democrático consiste, pues, en superar la emergencia sin entrar en colisión con el sistema constitucional<sup>23</sup>.

## II. Suspensión en el contrato de trabajo

En nuestro ordenamiento, la suspensión dentro del contrato laboral consiste básicamente en una interrupción temporal de efectos de las obligaciones emergentes del mismo. Más específicamente alude a la interrupción del deber de prestar servicios por parte del dependiente, y no a todos los efectos. Y tampoco a la relación jurídica, la posición jurídico-subjetiva de cada una de las partes, ni al negocio jurídico que le da origen.

No siempre se interrumpe únicamente la prestación de servicios del trabajador, puesto que en muchas ocasiones se suspenden también los efectos de algunos de los débitos que yacen en cabeza de la otra parte de la relación. Y como no significa una interrupción de la totalidad de los efectos sino sólo de *algunos*, subsisten en su transcurso todos los demás efectos de las obligaciones que no se encuentran sujetas a aquéllos, tal como, vgr., los de contenido ético -buena fe lealtad, confidencialidad, colaboración, etc.-<sup>24</sup> y de otro tipo -según el caso, mantenimiento de antigüedad, protección, reserva de la plaza, etc-. Pero sí existe siempre, como denominador común de todas las suspensiones, una interrupción del deber del trabajador de poner

---

19 BADENI, Gregorio, *Tratado*, cit., t. II, p. 1322.

20 CSJN, Fallos 318:1154, *Videa Club Dreams*; 325:28, *Smith*; 325:2059, *Tobar*; id. caso *Provincia de San Luis*, (LL, 2003-B, 535); id. Fallos 136:61, *Ercolano*; 137:47, *Horta*; 144:219, *Mango*; 162:21, *Avico*; 209:409, *Roger Balet*; 311:1804, *Peralta*.

21 LINARES QUINTANA Segundo V., *Tratado*, cit., t. V, p. 57 y t. VI, p. 31; MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Bs. As., 1990, t. I, p. 230 t. II, p. 396; CASSAGNE, Juan C., *Derecho Administrativo*, Bs. As., 1991, t. II, p. 327; BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de la Constitución Reformada*, Bs. As., 2001, t. II, p. 59, 118, 120, 124 y 334; SAGÜES, Néstor P., *Elementos de Derecho Constitucional*, Bs. As., 1999, t. II, p. 545 y 601; QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Constitución de la Nación Argentina Comentada*, Bs. As., 2000, p. 539; GELLI, María A., *Constitución de la Nación Argentina*, Bs. As., 2001, p. 140, HERNÁNDEZ, Antonio M., *Las emergencias y el orden constitucional*, S. Fe, 2002, p. 89.

22 CSJN, 27/12/90, *Videla Cuello c/ Prov. de La Rioja*; id. 25/09/91, Fallos 243:467; 317:1462, id. 22/08/2002, *Tobar c/ Ejército Nacional, Ministerio de Defensa*.

23 GRILLO, Iríde, op. cit., p. 3.

24 PÉREZ BOTIJA, Eugenio, *El contrato de trabajo*, Madrid, 1954, p. 264; CARRO IGELMO, Alberto, *Curso de Derecho del Trabajo*, Barcelona, 1991, p. 438

su capacidad de labor a disposición del empleador y el deber del empleador del mantenimiento de la plaza.

No se coincide muchas veces con la denominación bajo la cual se regula o considera al instituto, ya que, si bien es lo más frecuente referirse a la suspensión, en muchas ocasiones se ocurren a formulaciones distintas pero que en el fondo técnicamente constituyen también una interrupción de algunos efectos de las obligaciones emergentes del contrato laboral (liberación o dispensa de prestar servicios, licencias, reserva del puesto, excedencia, etc.).

En otro orden, debe recordarse que la suspensión opera sobre débitos jurídicamente *exigibles*, puesto que existen momentos donde los deberes típicos (trabajar/ abonar la remuneración) no son directamente exigibles (vgr. los descansos entre jornadas, el hebdomadario, etc.) de modo que más propiamente sería hacer referencia a una *suspensión de la exigibilidad de ciertos deberes jurídicos*, entendidos en sentido lato. De allí que la suspensión operaría como una *causa de justificación* del no cumplimiento de deberes típicos y exigibles del contrato<sup>25</sup>. Lo cual presupone, claro está, que las prestaciones resulten previamente existentes, posibles y exigibles, por cuanto no se podría suspender algo no existente o no susceptible de ser interrumpido, sea porque ya se encuentra suspendido con anterioridad, sea porque directamente no existe porque ha dejado de ser, ha fenecido, tal como acontecería si el contrato hubiera previamente expirado perfeccionándose dicha ruptura. Cuestión distinta es el *desplazamiento* que podría operarse respecto de una situación de suspensión existente por otra, tal como acontece, vgr., cuando el legislador, por razones que decide privilegiar por considerar prioritarias, resuelve temporalmente acordar preferencia a otra causal suspensiva (vgr. por razones de enfermedad -art. 208, LCT-; en el preaviso -art. 239 *in fine*-, etc.) en cuyo caso, la suspensión en curso fundada en otro motivo cede transitoriamente su lugar siendo reemplazada por la otra privilegiada, para luego retomar su curso una vez finalizada la misma.

Algunas veces, el ordenamiento acuerda al *empleador*, como titular de las facultades de organización y dirección de la empresa, el derecho a disponer voluntariamente suspensiones de la prestación de tareas de los trabajadores, tal como acontece, vgr., cuando sobrevienen circunstancias extraordinarias que impiden el cumplimiento de otorgar tareas, o lo tornan gravemente antieconómico, carente de sentido (arts. 221 y 219, LCT). Y también cuando decide dispensar al trabajador de continuar prestando servicios, tal como ocurre cuando libera -releva- al mismo de dicho deber -manteniéndose los restantes- vgr., cuando lo hubiere cursado en el caso de otorgamiento del preaviso (art. 236, *in fine*, LCT). En otras ocasiones el legislador concede dicho derecho al *trabajador*, tal como sucede con las así llamadas licencias especiales (art. 158, LCT), la situación de excedencia de la mujer (art.

---

25 Véase ORGAZ, Alfredo, *La ilicitud (extracontractual)*, Bs. As., 1973, p. 47; FERNÁNDEZ MADRID, Juan C., en LÓPEZ, CENTENO y FERNÁNDEZ MADRID, *Ley de Contrato de Trabajo Comentada*, Bs. As., 2ª. ed, t. II, p. 941.

183, íd) y otras. Y existen otras suspensiones originadas por *fuera de la voluntad* de las partes, tales como ocurre en casos de accidente o enfermedad inculpable que recaen sobre el trabajador (art. 208 y ss., LCT), o el empleador (arg. art. 78, íd), una detención del dependiente, etc.

A su vez, y en cuanto a la amplitud de los efectos que producen, pueden las suspensiones ser de alcance más intenso (suspensiones de *mayor intensidad*), donde se interrumpen los deberes típicos de ambas partes de la relación de trabajo (prestar el servicio y pagar la remuneración), como acontece en las debidas a fuerza mayor o falta o merma de trabajo, disciplinarias, etc., o de alcance menos intenso (*menor intensidad*), como sucede con las licencias especiales, el preaviso, accidentes y enfermedades inculpables -en su primer tramo-, etc.

Una de las características primordiales del instituto de suspensión en el contrato laboral atiene a su *finalidad*. La misma, como dicen CAMERLYNK y LYON CAEN, es “la preocupación por la seguridad en el empleo” y es eso lo que explica el creciente recurso del Derecho del trabajo a la técnica de la suspensión. En efecto, a través de la misma en ocasiones resulta posible evitar la ruptura en interés del asalariado y, a veces, también de la misma empresa, lo cual indicaría, según destaca CARRO IGELMO, la faceta de un interés socioeconómico que sirve de soporte al instituto. Bien dicen, así, PALOMEQUE y ALVAREZ DE LA ROSA, que el mismo opera como un *mecanismo jurídico protector del empleo*<sup>26</sup>. O, como con agudeza apunta a su vez VIDA SORIA, como un medio que busca prolongar la vida del contrato, para lograr su supervivencia, cuando la interrupción de las prestaciones haría presumir cercano un desenlace definitivo<sup>27</sup>. Más simplemente, al decir de ACKERMAN, *para salvar el contrato por la vía de la espera*<sup>28</sup>. Es así, en definitiva, un medio por el cual el vínculo puede sobrevivir a determinadas circunstancias desfavorables.

Existe allí, sin dudas, un interés que excede lo estrictamente contractual, una finalidad que, en palabras de CAMERLYNK, supera una órbita exclusivamente contractual<sup>29</sup>, para dar paso a un interés social comprometido en la preservación del empleo.

### III. Las normas dictadas en la emergencia

1) El 23/12/19 se dictó la *ley 27541*<sup>30</sup> que declaró una emergencia de amplio espectro: *emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, adminis-*

---

26 PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel y ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel, *Derecho del trabajo*, 5ª. ed., Madrid, p. 939.

27 VIDA SORIA, José, *La suspensión del contrato de trabajo*, en Estudios de Trabajo y Previsión, Madrid, 1965, p. 3/4.

28 ACKERMAN, Mario, *Qué, por qué y cuándo se suspende*, Rev. DL, 2003-I, p. 29.

29 CAMERLYNK, Guillaume H., *Contract du travail*, Paris, 1968, p. 221.

30 BO 23/12/19.

*trativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social* (art. 1), mas sin una finalidad específica de protección urgente de la salud pública ante una situación de emergencia sanitaria, concretamente sin vinculación con la propagación del COVID-19<sup>31</sup>. Según se titulara, la misma constituye una *Ley de Solidaridad Social y Reactivación Productiva en el Marco de la Emergencia Pública*, y entre las bases de delegación allí prescriptas no se apreciarían instituidas pautas relativas a la regulación del contrato individual de trabajo con base a razones sanitarias, allende el fomento general de recuperación salarial allí prescripto.

A partir del mes de marzo del corriente año, ya presente por entonces la singular situación producida por el avance en la propagación del COVID-19, que fue tornándose rápidamente crítica, y con propósitos de salvaguarda de la salud pública, hubo de dictarse por la autoridad estatal una pluralidad de normas de carácter variado y fuente también diversa, ocurriéndose las más de las veces a la aplicación del mencionado instituto, y en otras, a figuras y denominaciones peculiares -dispensas, licencias, prohibición, etc.- de alguna proximidad, pero con similar finalidad última. Las mismas configurarían una sucesión de regulaciones que en muy corto lapso fueron dictadas, muchas luego modificadas, derogadas y/o sustituidas<sup>32</sup>.

Y es que, de las muchas y diversas consecuencias con que la pandemia se proyecta sobre las relaciones de trabajo, tanto en el plano individual como colectivo, la primera e inmediata se manifiesta respecto al *lugar* y el *modo* de trabajar, o, incluso, *en la necesidad de dejar de hacerlo*<sup>33</sup>.

2) Con fecha 6 de marzo, y con base a la situación provocada por entonces por el coronavirus, el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social dictó la **Resolución 178/20**<sup>34</sup>.

Por la misma se otorgó una *licencia de carácter excepcional* a los trabajadores del sector público o privado en relación de dependencia que hubieran ingresado al país provenientes del exterior. La misma no lucía, empero, de carácter mandatorio, toda vez que se acordaba *a favor de los trabajadores* quienes en forma *voluntaria* decidieran tomarla para permanecer en sus hogares conforme las *recomendaciones* en la materia emitidas por la autoridad sanitaria nacional. Dicha licencia fue acordada como suspensión de *menor intensidad*, habida cuenta disponerse, además, que no afectaría la normal percepción de las remuneraciones normales y habituales, como tampoco los adicionales que por ley o Convenio les correspondiera percibir.

---

31 De hecho, el primer caso registrado de manera oficial de la afección dataría del 3 de marzo del año siguiente.

32 ACKERMAN, Mario, *El COVID-19 (Coronavirus) y la relación de trabajo*, p. 2, pub. en Rubinzal Culzoni online, marzo, 2020; íd. en página web, Sec. Documentos, de la AADTySS, marzo, 2020.

33 ACKERMAN, Mario L., *El COVID-19 (Coronavirus) y la relación de trabajo*, p. 1, marzo de 2020, pub. en Rubinzal online; íd. en pág. web, Sec. Documentos, de la AADTySS, marzo de 2020.

34 BO 10/03/20.

No se prescribía, en cambio, y pese a la formulación instituida, el procedimiento que debería seguirse a los fines de establecer lo que debería entenderse por remuneración normal y habitual, ausencia que, no obstante, y conforme a las reglas generales de hermenéutica, podía en todo caso ser resuelta por recurso a la analogía normativa en las normas de la ley laboral general. La finalidad tuitiva de la norma respecto de la salud de los trabajadores, así como, indirectamente, a la salud pública y el bien común, lucirían manifiestas e indisputables. Podría, no obstante, resultar un tanto borrosa la habilidad constitucional de la autoridad emitente para su dictado, habida cuenta tratarse de una norma de carácter legislativo y reglamentar derechos reconocidos por la Ley Fundamental.

Cabe señalar que la resolución citada fue poco después derogada y reemplazada por la Res. MTESS 202/20<sup>35</sup>.

3) El día 10 del mismo mes, y también en el marco de la situación producida por el coronavirus y con invocación de la ley 27541, para las relaciones laborales del sector privado se dictó la **Res. MTESS 184/20**<sup>36</sup>.

La misma dispuso *extender* la licencia acordada por la Res. MTESS 178 a todas aquellas personas que, sea con arreglo a recomendaciones del Ministerio de Salud de la Nación, o de otras autoridades jurisdiccionales competentes o por recomendación médica en casos concretos, debían permanecer *por aceptación voluntaria* de la recomendación, *aislado* o *en cuarentena*. Y fue extendida también a trabajadores no dependientes y no trabajadores en sentido estricto, ya que alcanzó a *figuras no dependientes* (tales como prestaciones en forma continua en el marco de locaciones de servicios del sector público reguladas por el Decreto 1109/17, y análogas del sector privado, y también a los *becarios* -la norma, al igual que el caso anterior, alude impropiamente a las *prestaciones* causadas por becas en lugares de trabajo-, *pasantes* y *residentes médicos* -por prestaciones comprendidas en la Ley 22127-). Contempló también la situación de trabajadores en pluriempleo y de los múltiples receptores de servicios -fórmula ambigua donde, en el marco de la resolución parecerían comprenderse los trabajadores autónomos con más de una locación de servicios-, estableciendo que la licencia (suspensión) alcanzaría a los distintos contratos.

4) El día 12 del mismo mes, en el ámbito del sector público nacional se dictó por la Jefatura de Gabinete de Ministros la **Decisión Administrativa 371/20**<sup>37</sup> mandó otorgar una *licencia excepcional* a todas las personas que prestan servicios en ese sector que hubieran ingresado al país y permanecido en Estados Unidos de América o países de los continentes asiático o europeo, desde el 6 de marzo. La duración de la licencia fue de 14 días y su finalidad, la permanencia en el hogar, en conformidad con las recomendaciones de la autoridad sanitaria y la laboral. Se trató de una suspensión de menor intensidad, debido a que no afectaba la normal percepción de las

---

35 BO 14/03/20

36 BO 13/03/20

37 BO 12/03/20.

remuneraciones (y honorarios) normales y habituales, ni tampoco los adicionales legales ni de Convenio Colectivo que correspondiera. La licencia debía computarse desde el día 6 o desde el momento posterior que se produjera el ingreso al país.

5) En la misma fecha, con base a la declaración por la OMS<sup>38</sup> de pandemia producida por el brote de coronavirus y con fines de protección de la salud pública, se dictó el **DNU 260/20**<sup>39</sup>, el cual extendió por un (1) año, contado desde su vigencia, la *emergencia pública sanitaria* establecida por la ley 27541.

a) Entre otras cosas, el mismo dispuso considerar como “*zonas afectadas*” por la pandemia del COVID-19 al momento del dictado del citado decreto, a los *Estados miembros de la Unión Europea, miembros del Espacio Schengen, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Estados Unidos de América, República de Corea, Estado del Japón, República Popular China y República Islámica de Irán.*

Asimismo, estableció (art. 7°) el **aislamiento obligatorio** por 14 días de todo un universo delimitado de personas<sup>40</sup>, sin perjuicio de una serie de medidas preventivas destinadas a evitar la propagación del virus y preservación de las personas. Universo amplio, mas no generalizado. En cierto modo, se transformó -respecto de los sujetos respectivamente alcanzados- de un régimen de *permanencia voluntaria* en el hogar a un *deber de permanencia*<sup>41</sup>.

b) Según el significado de la lengua, un “aislamiento” consiste en estar *solo*, en forma *separada*, individual; y también, retirado, *distanciado*; *no social*. La imposición del citado aislamiento (con posibles sanciones penales en caso de inobservancia) configuraría, en el marco de los contratos individuales de trabajo de los sujetos específicamente alcanzados (en el caso, los distintos supuestos abarcados por la enunciación del art. 7° del decreto), y para el caso de impedir la continuación en la prestación de servicios que hasta ese momento hubieran venido desarrollando, una *fuerza mayor* que recae primariamente sobre el trabajador y provoca una suspensión de su prestación laboral. Una suspensión derivada como consecuencia de una prohibición amplia (el aislamiento -quedar solo, apartado-) que es impuesta desde fuera del contrato, de origen ajeno a la voluntad. Nada se resolvía allí, en cambio, respecto del curso de la remuneración durante su aislamiento.

---

38 Del 11/03/20.

39 BO 12/03/20.

40 A saber: a) quienes revistieran condición de “casos sospechosos” (entre otros, quienes presentaran fiebre y uno o más síntomas respiratorios y que además hubieran viajado en los últimos días a “zonas afectadas” hubieran tenido contacto con casos confirmados o “probables” de COVID-19); b) quienes tuvieran confirmación médica de haber contraído el COVID-19; c) los “contactos estrechos” de las personas comprendidas en a) y b) precedentes; d) quienes arribaran al país habiendo transitado por “zonas afectadas”; e) quienes ya hubieran arribado al país en los 14 días previos, habiendo transitado por “zonas afectadas”.

41 CONFALONIERI (h), Juan A., *Reflexiones de urgencia sobre los aspectos laborales de las normas dictadas para enfrentar la pandemia provocada por el nuevo coronavirus en el sector privado*, p. 4, pub. en pág. web. Sec. Documentos, AADTySS, marzo 2020.

No obstante, en su parte final la norma dispuso encomendar al Ministerio de Trabajo el establecimiento de *las condiciones de trabajo y licencias que deberán cumplir* quienes estuvieren comprendidos en los supuestos del citado art. 7°, durante el plazo que prescribiera la autoridad sanitaria, y habilitó también la posibilidad de que se instituyeran *regímenes especiales de licencias* según las recomendaciones sanitarias (art. 12). Ello es, una suerte de *habilitación legislativa interior* por parte del PEN a favor del órgano administrativo laboral de su propia esfera para el dictado de normas tendientes a regular derechos de terceros. Nótase que no sólo se abarcó allí la posibilidad de instituir suspensiones laborales, sino también “condiciones de trabajo”, lo que parecería implicar la posibilidad de una continuidad en la prestación de tareas por parte de los sujetos allí alcanzados, aún durante su apartamiento, con arreglo a las pautas que se definirían.

6) El 13 de marzo, el citado órgano dictó la **Res. MTESS 202/20**<sup>42</sup>.

a) Por la misma, dictada en el marco de las facultades otorgadas por el DNU 260/20, se derogaron las Res. MTESS 178 y 184 (esta última antes de su entrada en vigencia -arg. art. 5, Cód. Civ.y Com-), y estableció un nuevo esquema. En efecto, a diferencia de las anteriores, no se dispuso allí una suspensión laboral en sentido técnico, sino una suspensión del *deber de asistencia al lugar de trabajo*, lo que denominó *dispensa del deber de asistencia* a dicho lugar, vale decir, del “traslado” al lugar de desempeño habitual del trabajo, mas no -al menos primariamente- del deber de prestación de servicios, puesto que seguidamente estableció que el segmento de trabajadores que resultaran alcanzados por dicha *dispensa*<sup>43</sup>, y que no tuvieran confirmación médica de estar afectados por el COVID-19, ni la sintomatología descrita en el art. 7° inc. a) del DNU 260/20, debían, en el marco de la *buena fe contractual*, establecer con su empleador las condiciones en que dicha labor sería realizada, si las tareas habituales u *otras análogas* pudieran ser realizadas desde el lugar de aislamiento. Sería una suerte de *ius variandi* por modificación temporal convenida del contenido contractual con fundamento en razones de bien común. Como será señalado más abajo, dicha habilitación a ejercitar una modificación del contenido del contrato (que la norma parecía impropriamente instituir en condición imperativa -*deberán*-), comprendería tanto el *lugar* de trabajo como -en cierto grado- también *las tareas*, mas no autorizaría una alteración irrazonable de aquél. La posibilidad acordada en la norma, determinaría a nuestro juicio una forma de trabajo a distancia novedosa, diferente del esquema tradicional o típico de teletrabajo y del trabajo a “domicilio”.

b) Un interrogante posible en el tema, es si dicha forma de prestación a distancia

---

42 BO 14/03/20.

43 Trabajadores que estuvieran en las situaciones descritas en el art. 7° del DNU 260/20, y de todo otro de naturaleza similar que en el futuro emane de la autoridad sanitaria. La locución “*dispensa*” podría ser susceptible de equívoco, habida cuenta ser utilizada otras veces en las normas con un sentido distinto (dispensa de la prestación de servicios).

resultaría enmarcable como un supuesto de *trabajo a domicilio*, particularmente en razón de la ratificación por nuestro país del Convenio respectivo de la OIT en la materia (n° 177), que no circunscribe el lugar de trabajo al que se realiza en el domicilio del trabajador. No obstante, y como bien ha sido apuntado<sup>44</sup>, la alternativa establecida en la resolución administrativa (acordada después también por otras normas del decurso que se analiza), no importaría el encuadramiento en la figura citada habida cuenta al carácter *ocasional* que revestiría la prestación en la emergencia (arg. art. 1°, Convenio citado).

c) Fueron también incluidos allí los prestadores de servicios continuos bajo figuras no dependientes, becarios, pasantes y residentes médicos, como hiciera la derogada Res. 184.

d) La así llamada “suspensión” de “conurrencia”, fue establecida sin plazo fijo alguno, y “*con goce íntegro de las remuneraciones*, requiriéndose una *comunicación* fehaciente y detallada al empleador acerca de la circunstancia por parte de los sujetos contemplados por el art 7 del DNU 260, dentro de un plazo de 48 horas. Nada se decía respecto del caso en que no resultara factible convenir un régimen de trabajo “remoto” (lo que podría habilitar a considerar que se producía una suspensión del débito laboral), ni tampoco acerca de cómo debían calcularse las remuneraciones que se mandaban abonar. Esto último, por vía analógica, y habida cuenta tratarse -en caso de no poderse acordar trabajo a distancia- de una suspensión motivada por razones de salud (ello es, cuando es aconsejable para la protección o recuperación de la salud), podría dar lugar a la aplicación del sistema de determinación establecido por el art. 208 de la LCT. De convenirse la continuidad de las prestaciones en forma remota, es de entender que se mantendría naturalmente la modalidad y retribución percibida hasta entonces.

7) El 16 de marzo el mismo Ministerio dictó la **Res. 207/20**<sup>45</sup>.

a) La misma, conforme sus considerandos, se propuso, entre otras cosas, *ampliar* los grupos de personas alcanzadas por la *suspensión de asistencia* al lugar de trabajo dispuesto por la resolución precedentes y bajar la afluencia de personas en el transporte público. En tal sentido, la norma dispuso también una *suspensión del deber de asistencia al lugar de trabajo*, ahora por un plazo de 14 días, y con *goce íntegro de remuneraciones*, a los trabajadores comprendidos en alguna de los segmentos allí descriptos. A saber: a) *mayores de 60 años de edad* -salvo que fueran considerados *personal esencial para el adecuado funcionamiento del establecimiento*-<sup>46</sup> ; b) *embarazadas*, y c) *los incluidos en los grupos de riesgo* definidos por la autoridad sanitaria nacional. La propia norma describió las afecciones que,

---

44 CONFALONIERI (h), Juan A., op. cit., p. 20.

45 BO 17/03/20.

46 La norma consideró desde el vamos como personal esencial a todos los trabajadores del sector salud y prohibió declarar en esa condición a los comprendidos en los incisos b) -embarazadas-, y c) -personas en grupos de riesgo-.

conforme la definición vigente a su fecha<sup>47</sup>, determinan la inclusión en los referidos grupos. Dicho espectro fue ampliado con posterioridad por la autoridad sanitaria<sup>48</sup>. Quedaron exceptuados así de dicha dispensa, los mayores de 60 años de edad que hubieran sido declarados de condición “*esencial*”<sup>49</sup>.

b) Cabría poner de relieve, que técnicamente dicha norma tampoco instituyó en principio una suspensión de los deberes típicos del contrato de trabajo, sino del *deber de concurrir*, de movilizarse al lugar habitual de trabajo para dar cumplimiento al débito laboral. Una extensión de los sujetos alcanzados por dicha dispensa.

c) Se incluyeron también en la misma, a quienes prestaren servicios en forma continua bajo figuras no dependientes, y que habían sido contemplados por la ya vista y derogada Res. MTESS 184/20 y, al igual que se hiciera en la Res. 202/20, estableció que los alcanzados por la *dispensa* de asistir al lugar de trabajo y cuyas tareas habituales u otras análogas pudieran ser realizadas desde el lugar de aislamiento, deberán *convenir* con su empleador las condiciones de realización de su labor desde su lugar de residencia (*trabajo remoto*).

Esto es, otro *ius variandi* autorizado por la norma estatal con base a la especial situación y con fines de bien común, el que, según sus términos, habilitaría una mutación no sólo del *lugar* de prestación del trabajo, sino también de las *tareas*, en cuanto admitiría la posibilidad de su sustitución por otras que mantengan similitud o semejanza. Cabría en el punto memorar que algo parecido legitimaba el art. 276 del originario texto de la Ley de Contrato, para las situaciones de crisis económicas de carácter sectorial. En ese sentido, cuando la crisis comprendía la actividad y se producían en el seno de la empresa situaciones o circunstancias objetivas de receso que afectaran considerablemente su desenvolvimiento y a una multiplicidad de tra-

---

47 La última dictada en la materia al dictado de dicha disposición era la Res. 620/20 del Ministerio de Salud de la Nación. Con posterioridad fue modificada por la resolución de esa cartera N° 627/20.

48 A saber, y según la citada Res. 627: 1) Personas con enfermedades respiratorias crónicas: hernia diafragmática, enfermedad pulmonar obstructiva crónica [EPOC], enfisema congénito, displasia broncopulmonar, traqueostomizados crónicos, bronquiectasias, fibrosis quística y asma moderado o severo; 2) Enfermedades cardíacas: Insuficiencia cardíaca, enfermedad coronaria, reemplazo valvular, valvulopatías y cardiopatías congénitas; 3) Personas diabéticas; 4) Personas con insuficiencia renal crónica en diálisis o con expectativas de ingresar en diálisis en los siguientes seis meses. 5) Personas con inmunodeficiencias: congénita, asplenia funcional o anatómica (incluida anemia drepanocítica) y desnutrición grave, VIH dependiendo del status, personas con medicación inmunosupresora o corticoides en altas dosis; 6) Pacientes oncológicos y trasplantados: con enfermedad oncohematológica hasta 6 meses posteriores a la remisión completa, con tumor de órgano sólido en tratamiento, trasplantados de órganos sólidos o de precursores hematopoyéticos; 7) Personas con certificado único de discapacidad.

49 La norma no especificó el procedimiento y el legitimado activo para la declaración. Es de entenderse, que dicha evaluación y calificación de aptitud debería darse en el marco de las facultades de organización y dirección del empleador con arreglo a lo dispuesto por los arts. 64, 65 y 68 de la LCT.

bajadores, se contemplaba que, a través de los procedimientos que se establecieran por ley, se obtuviera autorización para -entre otras cosas- establecer una modificación de las cláusulas contractuales, modificación o reducciones de la plantilla, y también, de la *jornada u otras condiciones o modalidades de empleo y desenvolvimiento de las relaciones de trabajo*.<sup>50</sup> Respecto de la norma que aquí se analiza, creemos, no obstante, que la habilitación a la realización de acuerdos de la índole indicada no implicaría una autorización a cualquier tipo de acuerdo en cuanto a su contenido, y que la mutación que se establezca debería cumplir con el recaudo de razonabilidad conforme el principio de buena fe que regiría al efecto (arts. 63 y 68, LCT, 9 y 10, Cód. Civ. y Com). De igual manera, entendemos que la modificación no podría ir temporalmente más allá de lo que se extendiera la situación que la justificara, la emergencia, ya que una vez finalizada la misma habría desaparecido la causa última en que se motivara y enmarcara.

Nada se estableció, empero, para los casos en que las tareas no pudieran ser prestadas desde el lugar en que el trabajador se encontrare en situación de aislamiento, o no mediare acuerdo para tal fin. Parecería que, en tal supuesto, debería considerarse que mediaría una suspensión en el contrato de trabajo con goce íntegro de la remuneración, según lo dispuesto en la norma<sup>51</sup>. Con finalidad protectora se recomendó allí también a los empleadores adoptar medidas tendientes a la implementación de la modalidad de trabajo a distancia.

d) Una cuestión que podría plantearse es qué sucede si, encontrándose el trabajador en situación de suspensión con motivo del deber de aislamiento establecido en las normas (ello es, en los supuestos que produjera una impedimentación para la concreción de la prestación), podría el empleador disponer una suspensión por fuerza mayor o razones económicas. La situación previa derivada de la suspensión producida por el aislamiento configuraría un espectro donde la prestación ya se encuentra interrumpida, deviene inexigible, de modo que la suspensión ulterior no parecería resultar factible de ser implementada durante el curso de aquélla, dado que, para tal fin, y según fuera visto al inicio, para poder disponerse y operar, se requeriría la previa exigibilidad del deber de prestar el servicio.

e) La norma en análisis introdujo una novedad adicional. A la dispensa de concurrir ya vista, agregó una *causal de justificación de inasistencias*, por todo el plazo que dure la *suspensión de clases* en las escuelas dispuesta por resolución de la autoridad educativa nacional<sup>52</sup> para las personas cuya presencia en el hogar resulte indispensable para el cuidado de niños o adolescentes, siempre que se traten de los progenitores o persona adulta responsable a cargo, y se concede sólo a uno por hogar. Se prescribió una *doble carga* en cabeza de dichos beneficiarios: de *comuni-*

---

50 Norma programática que, empero, no llegó a tener operatividad.

51 Artículo 1°.

52 Por Res. N° 108/20 del Ministerio de Educación de la Nación o las modificatorias que se dictaren.

*cación* de dicha circunstancia al empleador y de *justificación* de la necesidad, con indicación de los datos indispensables para permitir un adecuado *control*.

Nada se dijo respecto del caso de inobservancia al cumplimiento de alguna de las citadas cargas. De acuerdo a las reglas generales en la materia, salvo impedimento por razones de fuerza mayor, parecería que debería estarse a la consiguiente injustificación de la inasistencia y consideración como una situación de incumplimiento en la relación contractual. Tampoco se estipuló que debiera mediar pago alguno respecto de las ausencias así justificadas, por lo que -también con arreglo a las reglas generales- parecería que en principio no correspondería el abono de remuneración durante las mismas.

8) El mismo día se dictó por la Superintendencia de Riesgos de Trabajo la **Res. SRT 21/2020**<sup>53</sup> por la cual se impuso a los empleadores que habiliten a sus trabajadores a desempeñar labores desde su domicilio particular, el deber de denunciar dicha circunstancia y datos relacionados.

9) Cuadra aquí agregar que con fecha 23 de marzo, se dictó por el órgano administrativo laboral, la **Res. MTESS 233/20**<sup>54</sup>. La misma dispuso considerar temporalmente<sup>55</sup> como *esencial* la *actividad de trabajadores de edificios*, con o sin vivienda, que no estuvieran incluidos en las disposiciones de la ya vista Res. 207/20.

10) Del mismo modo incumbe recordar que *las medidas* dispuestas por la resolución 207 fueron luego prorrogadas por otra disposición posterior. En efecto, el 2 de abril, el órgano administrativo laboral dictó la **Res. MTESS 296/20**<sup>56</sup>. Por la misma se dispuso la *prórroga automática* de *las medidas* adoptadas en las Resoluciones 207/20 y 233/20 antes vistas, por el plazo que dure la extensión del “aislamiento social, preventivo y obligatorio” instituido por el DNU 297 y sus complementarios.

11) Retomando la cronología normativa, cabe apuntar que con fecha 19 de marzo, y en atención a la grave evolución de la situación epidemiológica producida por el coronavirus-COVID-19, el PEN dictó el **DNU 297/20**<sup>57</sup>, con vigencia desde su publicación.

El mismo estableció, en lo que aquí interesa, dos prescripciones de alcance general: *i) una obligación de aislamiento social, preventivo y obligatorio; ii) una prohibición de circular*, y la infracción a los mismos resultaría susceptible de acarrear sanciones penales (art. 4). Dichos mandatos fueron instituidos con carácter *temporal* (inicialmente, hasta el 31 de marzo, aunque susceptible de prórroga)<sup>58</sup> y alcanzaron a todas las personas que *habitan* en el país o *se encontraren en él* en

---

53 BO 17/03/20.

54 BO 23/03/20.

55 Hasta el 31/03/20.

56 BO 3/04/20.

57 BO 20/03/20.

58 Lo que se decretó tiempo después por DNU 325/20.

*forma temporaria.*

a) En tal sentido, se dispuso, como regla, la obligación de *permanecer* en la residencia habitual o en la que se encontraren las personas a las 00:00 horas del viernes 20 de marzo, momento de inicio de la medida, y la *abstención de concurrir a los lugares de trabajo*, así como de desplazamientos por rutas, vías y espacios públicos. Se admitieron, no obstante, *desplazamientos mínimos* con fines de aprovisionamiento de productos determinados (limpieza, medicamentos, alimentos). Se prohibió, además -y entre otras cosas-, los eventos que implicaren reunión de personas, así como la apertura de lugares que requieran la presencia de personas (locales, centros comerciales, establecimientos mayoristas y minoristas, etc.). Prescribió, así, una ampliación por generalización (mas no una totalización) y en su extensión temporal, del aislamiento circunscripto que decretara poco tiempo antes por medio del DNU 260/60.

b) **Excepciones.** Sin perjuicio del aislamiento y prohibición general, se admitieron en su art. 6° excepciones a las citadas reglas, las que fueron referidas a las personas afectadas a *actividades y servicios esenciales en la emergencia* que el propio decreto enumeró, admitiendo su desplazamiento de manera limitada al estricto cumplimiento de las citadas actividades y servicios<sup>59</sup>, y prescribiendo al propio tiempo el deber de los empleadores de *garantizar* las condiciones de higiene y seguridad establecidas por la autoridad sanitaria para la preservación de la salud de los trabajadores<sup>60</sup>, las que, naturalmente, deberían entenderse operando adicionalmente a las que correspondieran por virtud de las normas generales en la materia (vgr., art. 75 LCT, normas de la LRT y reglamentaciones pertinentes). Se estableció

---

59 Entre otros: Personal de salud, Fuerzas de seguridad, Fuerzas Armadas, actividad migratoria, bomberos; autoridades superiores gubernativas y trabajadores del sector público convocados para garantizar actividades esenciales; o de servicios de justicia de turno; diplomáticos; o quienes deban asistir a personas con discapacidad, o a familiares que requieran asistencia o personas mayores, o menores; quienes deban atender una fuerza mayor; personas afectadas a servicios funerarios -prohibiéndose empero allí reuniones de personas-; o a la atención de comedores escolares, comunitarios; quienes se desempeñan en servicios de comunicación audiovisual, radial y gráfico; personas afectadas a obra pública; supermercados y comercios minoristas *de proximidad*, farmacias, ferreterías, etc; industrias de alimentación y su cadena productiva e insumos, lo mismo que de higiene personal y limpieza, o de equipamiento médico, medicamentos, vacunas, otros insumos sanitarios; actividades vinculadas con la producción, distribución y comercialización agropecuaria y de pesca; o de telecomunicaciones, internet, etc; actividades *impostergables* vinculadas con comercio exterior; recolección y transporte de residuos; mantenimiento de servicios básicos (agua, electricidad, etc); transporte público de pasajeros de mercaderías, petróleo, combustibles, GLP; reparto domiciliario de alimentos, medicamentos, limpieza, insumos de necesidad; servicios de lavandería, postales, distribución de paquetería; servicios esenciales de vigilancia, limpieza y guardia; guardias mínimas que aseguren la operación y mantenimiento de yacimientos de petróleo y gas, plantas de tratamiento y/o refinación de petróleo y gas, transporte y distribución de energía eléctrica, combustibles líquidos, petróleo y gas, estaciones expendedoras de combustibles y generadoras de energía eléctrica; Casa de Moneda, servicios de cajeros automáticos, transporte de caudales y actividades que el BCRA disponga imprescindibles para el funcionamiento del sistema de pagos, etc.

60 Por caso, las contenidas en la Res. M. de Salud de la Nación 627/20, Anexos I y II.

también que el referido listado de excepciones podría ser luego ampliado o reducido<sup>61</sup>, lo cual hubo de concretarse por sucesivas normas que fueron gradualmente ensanchando dicho espectro<sup>62</sup>.

Ello importa que no todos los trabajadores están obligados a cumplir el aislamiento social, preventivo y obligatorio.

c) Un dato que convendría tener presente es que, en el plano laboral, y salvo las excepciones, en principio lo que la norma estableció fue una *interdicción de concurrencia* al lugar de trabajo (debería entenderse el habitual), una veda al desplazamiento, mas no una prohibición de trabajar, ello es, a la posibilidad de un desempeño laboral desde el lugar de residencia o aislamiento, cuando ello resultara materialmente factible.

En otros casos, empero, ha habido empresas que se vieron obligadas a interrumpir su actividad con motivo de la prohibición allí establecida, lo cual, hubo de provocar -en dichos casos- una suspensión “de hecho” de fuente legal en el marco de los contratos individuales de trabajo con sus dependientes, por una imposibilidad de dar tareas y de prestarlas.

d) **Percepción de ingresos.** El decreto citado prescribió, asimismo, que durante el lapso de aislamiento social obligatorio los trabajadores del sector privado tendrán derecho al *goce íntegro de sus ingresos habituales*, según la reglamentación que mandó establecer el Ministerio de Trabajo nacional (art. 8).

e) **Suspensión en la relación laboral.** Si bien la norma presentaría cierta vaguedad y ambigüedad, surgiría implícita o indirectamente que hubo de establecerse en la norma una *prohibición* de que las empresas cuya actividad no se encuentre incluida en las excepciones establecidas o que se establezcan por las disposiciones respectiva puedan desarrollar su labor<sup>63</sup>. En dichos casos, la nueva norma importó, en sus efectos al interior de los contratos de trabajo de los sujetos alcanzados (respecto de quienes se vieran impedidos de prestar servicios), una suspensión laboral producida por razones ajenas a la voluntad de las partes, una típica *fuerza mayor* por una decisión soberana<sup>64</sup> fundada en claras y apremiantes razones de bien común, la salvaguarda de la salud pública, y que operó sobre el negocio jurídico individual impidiendo en forma absoluta las prestaciones típicas de ambas partes (otorgar tareas, poner la capacidad de trabajo a disposición del empleador).

Habida cuenta su alcance general, ello es, abarcativo tanto de trabajadores como

---

61 Por disposición del Jefe de Gabinete de Ministros.

62 Así, vgr. las Decisiones Administrativas 429/20, 450/20, 467/20, 468/20. Podría mencionarse igualmente en el tema la Res. del Ministerio de Transporte 71/20 que habilitara algunas actividades en servicios urbanos de transporte automotor y ferroviario de pasajeros.

63 ACKERMAN, Mario E., op. cit., p. 6. Así, vgr., los locales, centros comerciales, establecimientos cuya actividad (apertura) fuera suspendida, empresas de transporte automotor de larga distancia, empresas aéreas, empresas fluviales de transporte de personas, etc.

64 O “*hecho del príncipe*”.

no trabajadores, las personas físicas en general, en el campo de las relaciones laborales individuales, y, de implicar una imposibilidad de cumplimiento de los deberes típicos del negocio, el mismo hubo de producir una suspensión generalizada que -salvo los casos de excepción- abarcó todo tipo de contrato y de modalidad contractual (a plazo determinado o indeterminado, vinculación permanente o eventual, etc.).

La misma configuró, a su vez, en esos casos, y según sus términos, una suspensión de *menor intensidad* habida cuenta disponerse el mantenimiento de los ingresos del trabajador en su transcurso. La locución amplia empleada para la denominación del crédito a percibir por el trabajador durante ese lapso luciría apropiada, habida cuenta que la misma constituiría en rigor una prestación de seguridad social destinada a cubrir la contingencia de paro producida por la fuerza mayor. Para el caso que, en sus efectos, la citada suspensión alcanzara a trabajadores habilitados a laborar pero que estuvieran ya cursando una suspensión previa motivada por razones de accidente o enfermedad inculpable (art. 208, LCT), entendemos que la suspensión sobreviniente derivada de lo dispuesto por el decreto de aislamiento no tendría virtualidad, dado que debería analógicamente considerarse como prevaleciente la acordada para el restablecimiento de la salud del trabajador. Lo propio acontecería si, durante la suspensión producida por el decreto de aislamiento, sobreviniera una afección o accidente inculpable.

f) Al igual que en el caso del DNU 260, el decreto que nos ocupa estableció un mecanismo de emergencia que -en lo que se analiza- reviste condición *temporal*. En el particular espectro someramente descrito, las circunstancias que llevaran a su dictado, la situación de necesidad extrema, la finalidad perseguida, así como su carácter estrictamente temporal y relativamente breve, permitirían advertir, a nuestro entender, configurada *razonabilidad* suficiente y justificación para la emisión de la norma en la especie.

12) El 20 de marzo, y -según sus considerandos- a los fines de la implementación del DNU 297, al que invocó reglamentar, el órgano administrativo laboral dictó la **Res. MTESS 219/20**<sup>65</sup>.

a) El ámbito subjetivo de dicha disposición fue el de los trabajadores *alcanzados por el aislamiento social, preventivo y obligatorio* dispuesto por la norma de urgencia citada, lo cual significaría en principio *todos los trabajadores*, salvo los expresamente exceptuados por el Decreto al que dijera reglamentar y un *alcance temporal* que se encuentra necesariamente vinculado a la situación de aislamiento obligatorio dispuesta. La citada resolución -al igual que la Res. 207- consideró también comprendidos en la misma a quienes presten servicios de forma continua bajo figuras de trabajo *no dependientes* (locaciones de servicios del Dec. 1109/17 en el sector público y análogas dentro del sector privado), a las prestaciones resultantes

---

65 BO 20/03/20.

de *becas* que deban realizarse en lugares de trabajo, *pasantías*, *residencias médicas* de la ley 22127, y casos de *pluriempleo* o múltiples receptores de servicios -en cuyo caso, se estableció que gozarían del beneficio en cada uno de dichos contratos-.

b) En su contenido estableció -como otras normas anteriores del propio órgano- una *dispensa del deber de asistencia al lugar de trabajo*, lo cual significa que los trabajadores alcanzados por la restricción y consiguiente deber de permanecer en sus residencias mantendrían -en principio- el deber de poner su fuerza laboral a disposición del empleador durante el término establecido en la norma. En ese contexto, debería entenderse que la nueva resolución habría *incluido* el universo de trabajadores a los cuales la anterior Res. MTESS 207/20 dispusiera suspender su deber de asistir al empleo (mayores de 60 años<sup>66</sup>, embarazadas, o incluidos en grupos de riesgo).

c) **Trabajo remoto y pagos.** Al igual que su predecesora, la resolución estableció también que cuando las tareas *u otras análogas* pudieran efectivizarse desde el lugar de permanencia, los trabajadores *debían establecer* con su empleador las condiciones de realización. Ello es, y según fuera visto en las normas predecesoras, una forma de *ius variandi* admitido por la norma, y que -según algunos- no supondría un exceso en dicho ejercicio<sup>67</sup>. Prescribió, asimismo, que *quienes acordaran* esa forma de trabajo habrían de percibir su *remuneración habitual*.

Respecto de quienes no pudieran acordar trabajar en esa modalidad, estableció que percibirían *sumas con carácter no remuneratorio*<sup>68</sup>. La norma no fijaba cuál sería el monto a percibir en tal caso. Una posibilidad interpretativa que se presentaba al efecto era que debía estarse a la estipulación contenida en el DNU 297 en cuanto prescribiera que los trabajadores tendrán derecho al goce íntegro de sus ingresos habituales.

d) **Otras disposiciones** Respecto de los trabajadores comprendidos en el listado de excepciones del art. 6° del DNU (*actividades y servicios declarados esenciales en la emergencia*) la resolución dispuso que los mismos serían considerados “*personal esencial*” en el marco de la Res. 207 citada<sup>69</sup>.

e) **Reorganización de la jornada laboral.** Respecto de los trabajadores enumerados en las excepciones del art. 6° del DNU 297, la resolución, en forma peculiar, habilitó una *reorganización de la jornada de trabajo* a fin de garantizar la continuidad de la producción de las actividades declaradas esenciales, y estableció que ello sería considerado *un ejercicio razonable de las facultades del empleador*.

---

66 Salvo los declarados “personal esencial” para el adecuado funcionamiento del establecimiento.

67 ACKERMAN, Mario E., op. cit., p. 5.

68 Debiendo no obstante efectuarse sobre las mismas, aportes y contribuciones al Sistema nacional de seguro de salud (obras sociales, SSS) y al INSSJyP. Para tal fin, la AFIP debería establecer las medidas pertinentes.

69 Personal esencial para el adecuado funcionamiento del establecimiento.

Resultaba no obstante poco claro el alcance del vocablo de “reorganización”, esto es, si implicaba un “corrimiento” de la jornada, mas conservando la misma extensión, o bien, si comprendería la posibilidad de *modificar el tiempo de labor*, sea reduciendo aquélla o bien extendiendo la misma. Una interpretación conservadora y razonable parecía indicar que sólo se habilitaría un reordenamiento -corrimiento-.

Parecería opinable a nuestro juicio la calificación “anticipada” de razonabilidad que establece la norma respecto del modo de ejercitación de las facultades del empleador, evaluación que en todo caso debería ser ulterior y sujeta a las circunstancias concretas en que dicha ejercitación fuera llevada a cabo. La norma no podría consagrar una habilitación para un ejercicio discrecional o arbitrario<sup>70</sup>.

f) **Horas extras y reducción de cargas sociales.** La norma hizo también referencia a las *horas suplementarias* que resultaran necesarias para el cumplimiento de los fines antes referidos, lo cual parecería enmarcar a dicho tiempo dentro de las excepciones admitidas por la ley para la realización de las mismas en forma obligatoria (arg. art. 89, LCT). En tal caso, se dispuso una *reducción del 95% de una de las alícuotas de la seguridad social (contribución patronal al SIPA<sup>71</sup>)* con una remisión normativa que adolecería de error material<sup>72</sup>, y que correspondería en rigor a la ley 27541.

g) **Posible contratación de personal eventual con reducción de cargas sociales.** La resolución contempló, asimismo, la posibilidad -en grado de *necesidad*- de contratar personal eventual durante la vigencia del aislamiento social obligatorio, y calificó dichas contrataciones como *extraordinarias y transitorias* según el art. 99, LCT, acordando una *reducción de alícuota* en la contribución patronal al SIPA similar a la antes referida.

h) **Entrega de certificado.** La norma prescribió, por último, que respecto de los trabajadores que debieran continuar prestando tareas durante la vigencia del aislamiento social obligatorio, los empleadores debían proveer una *certificación<sup>73</sup>* de tal circunstancia para su presentación ante eventuales controles policiales.

13) El 23 de marzo, el PEN dictó el **Decreto 310/20<sup>74</sup>**. Por el mismo se estableció un “*Ingreso Familiar de Emergencia*”, una prestación monetaria no contributiva de carácter excepcional para compensar la pérdida o grave disminución de ingresos

---

70 Arts. 63, LCT, 9 y 10, Cód. Civ. y Com. En igual sentido, FOGLIA, Ricardo A., *El coronavirus y su impacto en el Derecho del Trabajo. Análisis de las normas dictadas a raíz de la pandemia*, pub. en pág. web. Sec. Documentos, AADTySS, p. 18/19.

71 Sistema Integrado Previsional Argentino.

72 Se hace referencia al art. 19 de la ley 27451, que no tiene dicho artículo y se refiere a otra materia.

73 Donde constara el nombre, teléfono y datos de identificación de la empresa, datos del trabajador, su calificación como personal esencial y domicilio del lugar de trabajo.

74 BO 24/03/20. Decreto emitido en el marco de lo dispuesto por el art. 99 inc. 1), de la Constitución Nacional.

a las personas afectadas por la emergencia sanitaria (desocupados, trabajadores no registrados, determinados monotributistas)<sup>75</sup>.

**14)** El 30 de marzo el órgano administrativo laboral dictó la **Res. MTESS 279/20**<sup>76</sup>.

La misma, en opinable actuación en cuanto a la vigencia normativa, *derogó y sustituyó* la resolución anterior del propio Ministerio n° 219/20 antes vista y que había sido dictada muy poco tiempo atrás.

**a) Contenidos generales.** La citada norma reprodujo la *dispensa de asistir al lugar de trabajo* a los trabajadores alcanzados por el “*aislamiento social preventivo y obligatorio*” 219, como así también, mediando acuerdo de partes, la *posibilidad de trabajo remoto* cuando las mismas tareas, u otras análogas, puedan ser realizadas desde el lugar de aislamiento. No reprodujo, empero, las posibilidades que instituía la resolución anterior en torno al pago a efectuar a los trabajadores en la instancia, en cuanto establecía supuestos diferenciados y de naturaleza también diferenciada (pago de *remuneración habitual*, cuando se conviniera el trabajo en forma remota; pago *no remuneratorio*, cuando ello no resultara posible, y con cotizaciones al sistema de salud e INSSJyP).

Se repitió la *inclusión* dentro de la *dispensa general* y posibilidad de trabajo remoto, de los trabajadores autónomos vinculados por locaciones de servicio del dec. 1109/17 y las análogas del sector privado, las prestaciones de becas y pasantías en los lugares de trabajo, las residencias médicas, y los casos de pluriempleo o múltiples receptores de servicios (esto último respecto de los autónomos).

**b) Calificación de personal esencial.** La nueva resolución reprodujo igualmente la caracterización como “*personal esencial*” que hiciera la Res. MTESS 207/20 -a la que invoca expresamente- respecto de los trabajadores que deban prestar servicios en algunas de las excepciones al aislamiento obligatorio contempladas en el DNU 297/20, como así también que la continuación de esas actividades se considerará como una *exigencia excepcional* de la economía nacional -que autoriza la exigibilidad de realizar horas extraordinarias<sup>77</sup>-. Eliminó, en cambio, el beneficio de reducción de la cotización del empleador con destino al SIPA que, sobre las horas extras prestadas para esos fines, establecía la resolución derogada.

**c) Modificación de la jornada, quita de beneficio y contratación eventual.** La resolución reprodujo asimismo la posibilidad de *reorganizar la jornada de trabajo* a los fines de garantizar la continuidad de las actividades declaradas esenciales<sup>78</sup>,

---

75 Por Res. ANSeS 84/20 se aprobaron las normas para su implementación, administración, otorgamiento, pago, etc.

76 BO 1/04/20.

77 Conforme al art. 203, LCT.

78 En condiciones adecuadas de salubridad, conforme los protocolos fijados por la autoridad sanitaria nacional.

así como la calificación anticipada de ello, como *un ejercicio razonable de las facultades del empleador* (una suerte de habilitación normativa para la aplicación de un *ius variandi*). De igual modo reprodujo la *posibilidad de contratar personal temporal* -eventual- durante la vigencia del aislamiento obligatorio, así como la consideración de ello como extraordinario y transitorio a los fines legales (art. 99, LCT). Se *eliminó*, en cambio, el *beneficio de reducción* de la cotización con destino al SIPA que establecía la norma que se derogara.

*d) Pago del tiempo de abstención.* Se agregó que la *abstención de concurrencia* establecida implicaría la *prohibición* de hacerlo, salvo los casos de excepción, y -en confusa redacción- estableció que ello *no constituye un día de descanso, ni vacacional o festivo* sino una decisión de salud pública en la emergencia. Con base a ello, dispuso que *no podrán aplicarse sobre las remuneraciones o ingresos* por los días comprendidos “en esta prohibición”<sup>79</sup>, *suplementos o adicionales previstos legal o convencionalmente para “asuetos”*, salvo cuando la prohibición coincidiera con un día festivo o feriado previsto legal o contractualmente.

Ahora bien, más allá de la impropia y no muy clara redacción, una interpretación que parecería resultar razonable a partir del texto de la norma es que en dicho tramo la misma estaría referida al supuesto en que la prestación laboral no es posible (sea debido al aislamiento, sea por no resultar factible convenir una forma de trabajo a distancia), ya que si existiera acuerdo de trabajo remoto, y salvo que hubiera mediado un acuerdo de reducción de jornada u otras modificaciones según lo admitido en la norma, la remuneración habitual debería en principio ser mantenida. En cambio, si, como decimos, la prestación de servicios no pudiera ser llevada a cabo, las citadas ausencias (no trabajo derivado de la prohibición) no deberían ser liquidadas de igual manera que las vacaciones, días de descanso o feriados<sup>80</sup>, sino de una manera especial y distinta establecida para el caso<sup>81</sup>, la cual excluiría -atento no hacerse distinción o exclusión alguna- todo tipo de suplemento o adicional, sea establecido por ley o Convenio Colectivo, e incluso los acordados por el empleador. Dicha interpretación parecería condecirse, por otra parte, con la característica del pago dispuesto dado que no existiría prestación actual de servicios<sup>82</sup>.

*e) Certificación.* La nueva norma suprimió la obligación que instituyera la resolución 219, de proveer una certificación a los trabajadores que debieran continuar prestando tareas para su exhibición ante los controles policiales.

---

79 Ello es, por los días en que no se prestan servicios por aquellos alcanzados por la dispensa de trabajar.

80 En otros términos, utilizando vgr. el divisor 25, y tomando todo lo que se perciba por trabajos ordinarios o extraordinarios hechos con anterioridad, bonificaciones por antigüedad y otros conceptos remuneratorios accesorios (art. 155, LCT, íd. 159, y 169 misma ley).

81 Salvo en los casos en que la “prohibición” coincida con un día festivo o feriado, previsto legal o contractualmente.

82 Se trataría técnicamente de una prestación de seguridad social destinada a cubrir una contingencia transitoria de “no trabajo”.

f) **Entrada en vigencia.** Situación particular se presentó también con la fecha de entrada en vigor de la citada resolución por cuanto la misma dispuso su inicio *retroactivo* a la fecha de entrada en vigor de la resolución 219 que derogara del 20 de marzo, lo cual de suyo se advertiría de cuestionable constitucionalidad debido a contrariar la regla general en la materia dispuesta por una norma superior (art 5°, Cód. Civ. y Com.) y afectar los eventuales derechos constituidos bajo la égida de la anterior amparados en garantías constitucionales (art. 7, íd).

15) El 31 de marzo, el PEN dictó el **DNU 325/20**<sup>83</sup>, cuya vigencia se inició desde su publicación.

Con fundamento en la evolución epidemiológica entonces existente y la misma finalidad de preservar la salud pública, y conforme se halla también previsto en el DNU 297, el mismo dispuso prorrogar la vigencia de la citada norma -con más las modificaciones establecidas en la nueva- *hasta el 12 de abril de 2020 inclusive*.

El mismo prescribió, igualmente, respecto de los trabajadores de jurisdicciones, organismos y entidades del sector público nacional (cualquiera sea su forma de contratación) que no estuvieran dentro de las excepciones contemplada por el art. 6° del DNU 297 y debieran cumplir el aislamiento social, preventivo y obligatorio, un deber de abstención de concurrir a sus lugares de trabajo, pero mandando al propio tiempo realizar sus tareas -de ser factible- desde el lugar donde cumpla el aislamiento ordenado.

16) En la misma fecha, el PEN emitió **DNU 329/20**<sup>84</sup> que también entró en vigencia el mismo día de su publicación.

a) Sin perjuicio de algunas imperfecciones gramaticales en su redacción<sup>85</sup>, el citado decreto estableció en el marco de los contratos individuales de trabajo dos grandes prohibiciones temporales: **a) de despidos sin justa causa o fundados en falta o disminución de trabajo y fuerza mayor, y b) de suspensiones fundadas en fuerza mayor o falta o disminución de trabajo.**

La duración de las dos restricciones citadas es por el plazo de 60 días desde la fecha citada de publicación. Ello también implica que operaría respecto de los despidos y suspensiones producidos desde entonces y no aquellos ya perfeccionados con antelación.

El dictado del Decreto citado fue sustentado por el PEN en el marco de la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social instituida por la ley 27541, la ampliación de

---

83 BO 31/03/20.

84 BO 31/03/20

85 Tal como el empleo de la conjunción “y” junto con la “o”, que estimamos un error atribuible a la premura de su dictado. Otros autores han considerado en cambio la norma con posible sentido literal (véase, CONFALONIERI-h-, Juan A., *Las prohibiciones emergentes del DNU 329/2020, de 31 de marzo*, pub. en pág. web, Sec. Documentos, de la AADTySS, abril de 2020, p. 12).

la emergencia sanitaria dispuesta por DNU 260/20 y el DNU 297/20 que estableció el “*aislamiento social, preventivo y obligatorio*” y su prórroga<sup>86</sup>.

b) La norma no establece un límite o distinción respecto de sus alcances, ello es, no realiza distinción excluyendo, vgr., los regímenes laborales especiales (vgr. portuarios, industria de la construcción, personal de casas particulares, trabajo agrario, etc.) lo cual, en una primera aproximación, podría llevar a considerar que sería de aplicación en todos ellos, además del régimen general de la LCT. No obstante, dadas las referencias a las modalidades de las medidas y causales específicas efectuadas en la norma (despido incausado, despido o suspensión por fuerza mayor o razones económicas), parecería delimitarse un tanto su alcance a aquellos ámbitos donde los citados supuestos y causas se hallan técnicamente previstos.

Se trataría, empero, de un alcance acotado, habida cuenta que la norma no deroga ni modifica la prohibición general instituida por el DNU 297, de modo tal que su aplicación se circunscribiría al espectro de los empleadores de trabajadores no alcanzados por la interdicción (ello es, aquellos que pueden desempeñar labores en forma remota), y los empleadores de las actividades y servicios declarados esenciales en la emergencia aludidos en el art. 6° de la norma citada y las añadidas por sus normas reglamentarias.

c) ¿La interdicción de suspensión alcanzaría a todos los trabajadores? La respuesta parece negativa. No podría ser referida a los trabajadores alcanzados por el aislamiento social, preventivo y obligatorio cuyas prestaciones laborales fueron suspendidas de hecho por la interdicción, pues aquello no resultaría técnicamente factible. Coincidimos con CONFALONIERI en que, siendo que la suspensión opera sobre débitos *exigibles*, no parecería en principio resultar posible operar una interrupción de algo que ya se encuentra suspendido con anterioridad por virtud de una norma legal<sup>87</sup>; en otros términos, un deber (técnica y momentáneamente) *inexistente*.

d) **Despidos.** El Decreto establecería una *estabilidad propia* de carácter temporal en el empleo, prohibiendo *determinada* clase de extinciones: las dispuestas unilateralmente y en forma directa por el empleador *sin expresión de causa*, lo que también incluiría -según ha señalado la jurisprudencia- aquellos despidos donde se expresa una causa inexistente o no suficiente para el distracto. Y también, sólo cuando responde a determinadas razones (fuerza mayor o falta o merma de trabajo).

Se hallarían exceptuados así, aquellos despidos que respondieran a una causal legalmente prevista y *distinta* de extinción contractual (vgr. por injuria laboral -razones disciplinarias u otras graves-, inhabilitación, incapacidad sicofísica sobreviniente, extinción de una obra o un servicio temporal, extinción del plazo fijo,

---

86 Aunque no se especifica su número -seguramente por su dictado en igual fecha- se trata del DNU 325/20.

87 CONFALONIERI(h), Juan A., *Las prohibiciones*, op. cit., p. 14.

extinción por quiebra de la empresa, jubilación del trabajador, abandono de trabajo, etc. -arts. 242, 254, 212, 99, 93 y 250, 251, 252, 244, LCT-).

Y también resultarían ajenas al mismo las *modalidades distintas* de cesación (renuncia del trabajador, extinción de mutuo acuerdo, finalización de un mandato electivo y no presentación en tiempo por el dependiente -art. 215, LCT-, o de una convocatoria militar extraordinaria -art. 214-, extinción por abandono tácito de la relación - art 241 *in fine*-, etc.).

Respecto de la *fuerza mayor*, quedarían comprendidos allí todos aquellos motivos sobrevinientes ajenos a la empresa, extraordinarios, inevitables -irresistibles- y subsistentes a la época en que la obligación debe cumplirse, y que le *imposibilitan absolutamente* cumplir del deber de dar tareas. Quedarían así incluidos tanto los motivos producidos por la naturaleza (cataclismos, inundaciones, rotura de máquinas e incendios en algunos casos, etc.) como los provenientes de los hechos del hombre (hechos del príncipe, huelgas de terceros, situaciones del mercado, etc.), ello es, el caso fortuito y la fuerza mayor, que el nuevo Código Civil y Comercial emplea en sinonimia (art. 1730 *in fine*). En dicho espectro se enmarcaría, y entre otros, la situación derivada del decreto de aislamiento obligatorio dispuesto por el PEN.

En cuanto a la *falta o disminución de trabajo*, y según es sabido, si bien se halla sumamente próxima a la anterior, debe ser distinguida de ella pues no se confunden. Se trataría de una causal que se engarza con la teoría de la excesiva onerosidad sobreviniente del ordenamiento civil<sup>88</sup> alcanzaría todos aquellos supuestos de despido donde, si bien técnicamente resultaría posible a la empresa dar trabajo, la actividad se torna, no obstante (por motivos ajenos a la empresa, sobrevinientes y extraordinarios -imprevisibles-), muy difícil, *sumamente antieconómica*, carente de sentido, dado que desnaturalizan o frustran el fin del contrato<sup>89</sup>. Como señala ZANONI, circunstancias extrañas al contrato en sí *desnaturalizan* el sinalagma sobre el que fuera constituido y determinara su marco inicial<sup>90</sup>. Se pierde totalmente la proporción entre los que se esperaba dar o recibir, y lo que se va a dar o recibir. En dicho supuesto, el cumplimiento no queda impedido, pues técnicamente continuaría siendo posible, pero el mismo se torna sumamente gravoso. Las razones de mercado o de la actividad (grave disminución en las ventas, aumento de costos, reducción de la actividad del sector o general, etc.) con repercusión sustantiva en la empresa, serían algunos de esos casos.

---

88 Véase, entre muchos, LÓPEZ, Justo, *Sobre el despido por falta de trabajo*, LT, XII-193; RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge, *Extinción del contrato por causas económicas en la ley 20744*, DT 1974-882; igualmente, MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Trad. esp., Bs. As., 1979, t. IV, p. 527.

89 BREBBIA, Roberto, *La frustración del fin del negocio jurídico*, Bs. As., p. 880.

90 ZANNONI, Eduardo, en BELLUSCIO (dir.), “*Código Civil Comentado*”, Bs. As., t. 2, p. 558/59.

e) *Suspensiones*. La veda temporaria establecida abarca también a las suspensiones *dispuestas por el empleador con fundamento específico en las causas antes citadas* (fuerza mayor o falta o disminución de trabajo). De ello se seguiría que estarían exceptuadas las suspensiones decididas por el empleador, pero por un *motivo distinto* (vgr. suspensión preventiva -procesamiento penal del trabajador-, suspensión precautoria -por un sumario de investigación interno-, motivos disciplinarios, inhabilitación temporaria, etc.). Y de igual modo lo serían las suspensiones de un *origen ajeno a la decisión del empleador* (vgr. arresto del dependiente) o que no fueran decididas unilateralmente por éste (vgr. suspensiones de *mutuo acuerdo*).

f) *Excepción legal*. La prohibición de suspensiones establecida en la norma admitiría exceptuar aquellas efectuadas *en el marco del art. 223 bis de la LCT*.

En rigor, dicha modalidad de suspensión no constituye técnicamente una suspensión unilateralmente dispuesta por el empleador sino *convenida*, suspensión de mutuo acuerdo, lo cual, según fuera dicho, se encontraría naturalmente fuera de la norma prohibitiva y, por tanto, resultaría una formulación innecesaria. Aunque tal vez entendible en el marco de incertidumbre y desorientación producido por la vertiginosa sucesión normativa -ciertamente, acorde a las especiales circunstancias- de disposiciones de múltiples fuentes, contenidos y vigencias cambiantes.

La remisión que se hace al art. 223 bis parecería, por un lado, ligarse más a la causal que a la modalidad de suspensión, puesto que, de acuerdo con dicha disposición, se contemplan allí suspensiones (pactadas) fundadas en falta o disminución de trabajo o fuerza mayor, mas no dispuestas unilateralmente por el empleador. Pero por el otro -y ésa parecería constituir su finalidad-, a una *habilitación* al empleador para acordar en ese marco *sumas de dinero de carácter no remuneratorio*<sup>91</sup>. Cabría recordar que dichos acuerdos de suspensión pueden ser tanto *individuales* como *plurales*, de modo que el Decreto estaría efectuando una habilitación para la celebración por las empresas de acuerdos tanto a nivel individual con sus empleados, como en forma colectiva (en sentido numérico, de pluralidad de trabajadores). Dichos acuerdos deberían luego ser *homologados* por la autoridad administrativa laboral o judicial. En cuanto a la prestación económica que pudiere allí estipularse, la misma debe ser *dineraria* y, aun cuando no tiene carácter remuneratorio, debería tributar el empleador las *contribuciones* con destino a obra social y al Sistema Nacional del Seguro de Salud (obras sociales -leyes 23660 y 23661-).

---

91 Calificación también innecesaria, puesto que ante la falta de prestación del trabajo lo que se otorga constituye, técnicamente, una prestación de seguridad social para cobertura de la contingencia de desempleo transitorio.

g) En el marco del decreto, y según dijéramos, parecería posible, además, la existencia de *suspensiones pactadas*, incluso por plazo superior a los límites establecidos por la ley respecto de suspensiones dispuestas en forma unilateral por el empleador, ya que la ley no establece un límite temporal a su respecto.

h) ¿Podría disponerse durante la vigencia de la norma un despido o suspensión fundada en razones *tecnológicas*?

El decreto no prohíbe las medidas causadas en dicho marco, sino que hubo de circunscribir la interdicción a motivos específicos y determinados, por lo que parecería resultar jurídicamente permitido (art. 19, CN).

Las causas tecnológicas han sido consideradas por la legislación comparada<sup>92</sup> y también por la nacional, como motivo que habilita la suspensión y despido en el contrato laboral. Nuestra legislación así lo ha incorporado en la LNE en el marco del procedimiento preventivo de crisis de empresa y con alcance colectivo (en sentido de pluralidad), y también aparecen incluidas por el Decreto 265/2002 como causal de suspensión o despido (art. 4). Esto es, que constituyen en nuestro Derecho una causal autónoma y diferente habilitante de dichas medidas<sup>93</sup>, sujeta al cumplimiento de los requisitos a que se sujeta su procedencia. En el ámbito internacional, el Convenio 158 de la OIT, como igualmente la Recomendación n° 166 contemplan la citada causal como determinante de extinción contractual.

i) **Invalidez.** Para el caso de violación de las dos prohibiciones instituidas, y siguiendo el modelo de otras normas, la norma establece que las medidas *no producirán efecto alguno, manteniéndose vigentes las relaciones laborales y sus condiciones actuales*. Ello equivaldría decir, la sanción de **nulidad de las medidas** (art. 382, Cód. Civ. y Com.). Se trataría de un acto antijurídico (art. 1717, Cód. Civ. y Com.) que aparajaría la referida sanción establecida en la norma legal (DNU). La referencia al mantenimiento de la relación laboral efectuada en la norma no luciría, empero, adecuada en lo que a las suspensiones se refiere, desde que, durante el curso de las mismas, y según fuera visto al inicio, la relación no se interrumpe, se mantiene vigente, sino que sólo se suspenden determinados (algunos) efectos de la misma.

La consecuencia jurídica establecida en la norma significa -entre otros efectos- que los trabajadores que hubieran sido suspendidos o despedidos en infracción al decreto, podrían ocurrir ante un tribunal a los fines de que se declare la invalidez (art. 383, Cód. Civ. y Com.) y se ordene el cumplimiento forzado de la reinstalación temporal en el puesto. Ello no obstante, y toda vez que la prohibición aparecería instituida a favor del trabajador, debería entenderse que el mismo podría convalidar

92 Tal, vgr, la ley española, la de Portugal, Chile, Perú, Venezuela, y otras.

93 Conf. nuestro trabajo *La suspensión en el contrato de trabajo*, Bs. As/S. Fe, 2016, t. I, p. 315 y ss; RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge, *La configuración causal en el despido por causas económicas*, Rev DL, 2002-2, p. 130; CONFALONIERI(h), Juan A., *Despido por causas económicas o empresariales*, Bs. As., p. 98.

la medida, aceptando el pago de la indemnización o salarios caídos que correspondiera.

j) **Algunas consideraciones.** Los decretos de necesidad y urgencia constituyen uno de los remedios excepcionales para hacer frente a situaciones de emergencia. En el caso, se propende a la protección de la salud pública como obligación prioritaria del Estado. El actual contexto justificaría, en principio, a nuestro entender, el dictado de una medida como la analizada, ya que los derechos no son absolutos ni se encuentran por encima del bien común. La superación de una crisis que pone en grave riesgo la salud de la población, y que por consecuencia podría afectar las instituciones básicas del Estado, habilitaría un Derecho de emergencia. Según fuera dicho, en tales supuestos el Estado democrático tiene la potestad y el imperioso deber de poner en vigencia un derecho excepcional, ello es, un conjunto de “remedios extraordinarios” destinados a asegurar la autodefensa de la comunidad y el restablecimiento de la normalidad social que el sistema político de la Constitución requiere<sup>94</sup>.

La preservación de la salud pública compromete también a los gobernados. Existiría, en ese sentido, un deber de solidaridad o cooperación ante las emergencias que impone a todos los ciudadanos, en cuanto de ellos dependa, cumplir acciones de prevención de daños sociales.

La habilitación al dictado de una normación de emergencia, un Derecho excepcional, empero, no podría ser interpretada por fuera de la Ley Fundamental o de manera contraria a las normas de la misma, puesto que tal facultamiento tendería, precisamente, y en última instancia, a la defensa del sistema constitucional, ello es, una custodia que debería darse siempre dentro del marco de la Carta Magna, particularmente de lo dispuesto por el art. 28. Según fuera dicho, la legitimidad misma del estado de emergencia es, precisamente, la defensa y el amparo del orden constitucional.

En dicho tramo, algunas piezas de la norma que nos ocupa parecerían ofrecer cierta nubosidad en torno a una posible integridad en su compatibilización con las disposiciones de la Constitución.

**Razonabilidad.** 1) Según es sabido, la Corte Suprema de Justicia nacional ha señalado en reiteradas oportunidades, que los derechos y garantías individuales consagrados por la Constitución no son absolutos y que su ejercicio se halla sometido a las leyes que los reglamenten<sup>95</sup>; y también, que dichas leyes, “si son razonables, no pueden impugnarse exitosamente como inconstitucionales”, dependiendo que se adecuen al fin perseguido y no establezcan una “iniquidad manifiesta” o arbitrariedad<sup>96</sup>.

---

94 CSJN, 27/12/90, *Videla Cuello, Marcelo c/ Prov. de La Rioja*, Consid. 17, fallo cit.

95 CSJN, Fallos 308:1631 y 2246; 312:312.

96 CSJN, caso *Machicote, Juan, LL*, 1978-D-435 (1978), consid. 6; id. Fallos 305:831; 297:201; 299:428; 324:2248; 325:645.

Según BIDART CAMPOS, lo razonable es lo ajustado a la Constitución, a su espíritu, y lo irrazonable es aquello que conculca la Constitución<sup>97</sup>. Según hemos señalado, el dictado de la norma que nos ocupa aparecería suficientemente justificado, en cuanto al hecho de su emisión, por su causalidad, debido a las excepcionales y críticas circunstancias que le determinarían, así como la prioritaria finalidad perseguida que es conjurar riesgos muy graves a la salud pública. En dicho marco, resultaría claro que el dictado de la norma aparecería objetiva y suficientemente justificado habida cuenta las circunstancias de la emergencia en cuyo cuadro fuera emitida. Lo propio advertiríase en cuanto a su finalidad, la cual resultaría legítima, desde que hubo de propugnar fines constitucionales o no prohibidos constitucionalmente y que serían, además, socialmente relevantes<sup>98</sup>. De ello se seguiría que la regulación aparecería, hasta allí, justificada por los hechos y circunstancias que le han dado origen y por la necesidad de salvaguardar el interés público comprometido<sup>99</sup>. Restaría, pues, ponderar si la misma resultaría proporcionada a los fines que se procura alcanzar, de modo tal de coordinar el interés privado con el público y los derechos individuales con el de la sociedad.

En una primera aproximación, podría tal vez suscitar alguna cavilación el análisis de razonabilidad en cuanto a cierta parte de su contenido concierne. Dicha exigencia, según memoraba LÓPEZ, más que un principio del Derecho del trabajo es un principio del Derecho todo, del Derecho “a secas”. Sin él, no habría Derecho, ni Derecho del trabajo ni ningún otro<sup>100</sup>.

Se ha dicho a su respecto que se habla de lo razonable bajo una triple manifestación: *i*) lo que es conforme a la razón; *ii*) a la proporción entre medios y fines, medios razonables para la obtención de un determinado fin, una racional adecuación de medios a determinados fines; y *iii*) razonabilidad en cuanto concepto vinculado al sentido común, apreciando las circunstancias y las limitaciones que éstas implican<sup>101</sup>. En el ámbito teórico se precisa aún más, distinguiendo racionalidad y razonabilidad<sup>102</sup>, de modo que, si bien algo podría ser racional, no implicaría que ello necesariamente sea razonable. Lo primero, parecería aludir a la corrección lógica; lo segundo iría más allá, desde que consideraría otras nociones, tales como las de

---

97 BIDART CAMPOS, Germán, *Derecho Constitucional*, Bs As., t. II, p. 118/119.

98 Arg. fallos de la CSJN, casos *López Villanueva, Manuel* (ED 6-561) y *Fushimi, Hideji* (ED 9-287); íd. comentario BIDART CAMPOS, Germán, *Control d la razonabilidad legislativa por la Corte Suprema*, ED, t. 9, p. 286 (1964).

99 CSJN, Fallos 312:496; 308:418.

100 LÓPEZ, Justo, en LÓPEZ, CENTENCO y FERNÁNDEZ MADRID, *Ley de Contrato de trabajo comentada*”, Bs. As., 2<sup>a</sup>- ed., t. I, p. 280.

101 ETALA, Carlos A., *Interpretación y aplicación de las normas laborales*, Bs. As., 1<sup>a</sup>. ed., en cita de Nicola ABBAGANO, *Diccionario de filosofía*, México, 1994, p. 981.

102 PEDERNERA ALLENDE, Matías, *Razonabilidad y racionalidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema Argentina: dos ejemplos trascendentes*, Rev. Jurídica Univ. San Andrés, N° 7, 2019, p. 20.

equilibrio, corrección moral, justicia, igualdad, dignidad y otros valores<sup>103</sup>. Lo razonable, pues, trascendería lo deducible, pues supondría prudencia y consideración de todas las circunstancias comprometidas<sup>104</sup>. Es, entonces, y entre otras cosas, la necesidad de buscar un equilibrio entre exigencias contrapuestas; la idea de una proporción o ajustamiento de dos términos; guardar una proporción razonable con los propósitos que se persiguen<sup>105</sup>, lo que importa adicionar la idea de aceptabilidad<sup>106</sup>. Según el Alto Tribunal la razonabilidad opera también frente a la discrecionalidad de los poderes públicos<sup>107</sup>. Ciertamente, no hácese referencia aquí al examen de mérito, oportunidad y conveniencia de la decisión de naturaleza legislativa, desde que, como ha señalado la jurisprudencia de la Corte estadounidense, y seguido también en nuestro medio<sup>108</sup>, existiría cierta libertad para la adopción de determinada política, en cuanto razonable, para promover el bien común y para promover dicha política con normas dirigidas a tales fines<sup>109</sup>. La historia institucional de nuestra Corte evidencia que la misma se ha pronunciado en muchas ocasiones acerca de la constitucionalidad de leyes, incluso relativas a supuestos de emergencia<sup>110</sup>.

CUONO ha sistematizado algunos de los varios significados posibles de la razonabilidad<sup>111</sup>. Uno de ellos evidenciaría que se dicho principio se afectaría cuando se hallare comprometida la propia existencia de las personas. Refiere, a su vez, SANTIAGO, que ha de examinarse si las determinaciones de la norma lesionan significativamente el contenido esencial de algún derecho constitucional, y así también la razonabilidad básica de la norma, en el sentido que, no sólo persiga fines constitucionalmente válidos, sino también elegido medios proporcionales para alcanzarlos<sup>112</sup>.

2) En el citado contexto, decíase, podría en cierto punto ofrecer cierta alguna duda la normación en cuanto al medio implementado para la consecución de los altos fines que la inspiraran en cuanto a la forma que fuera dispuesta. Según se dijera,

---

103 LINARES, Juan F., *El debido proceso como garantía innominada de la Constitución Argentina*, Bs- As., 1944, p. 134 y ss.

104 ZORZETTO, S., *Reasonableness*, *The Italian Law Journal*, 2015, Vol. I, n° I, p. 111/112.

105 CSJN, caso *Reyes Aguilera c/ Estado Nacional*, consid. 7°, voto Dr Maqueda, año 2007, Fallos 330:3853.

106 ATIENZA, M., *Para una razonable definición de “razonable”*, *Doxa*, N° 4, 1987, p. 191.

107 Véase fallo CSJN, caso *Q.C., S.Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires*, año 2012, Fallos 335:452; 327:5.

108 CSJN, Caso *Irizar, José M. c/ Prov. de Misiones*, consid. 8; íd Fallos 306:655; 257:127; 293:163; 300:642; 301:341.

109 US Supreme Court, 291, U.S., 502, 547 (1934).

110 Entre muchos, *Empresa Plaza de Toros* (1869); *Hileret*, (1903); *Ercolano* (1922); *Avico* (1934); *Cine Callao* (1960); *Peralta* (1990); *Cocchia* (1993); *Montalvo* (1990); *Arriola* (2009), etc.

111 CUONO, M., *Entre arbitrariedad y razonabilidad. Hacia una teoría crítica del neconstitucionalismo*, trad. esp., 2012, n° 3, p. 43 y ss.

112 SANTIAGO, Alfonso, *El alcance del control judicial de razonabilidad de las políticas públicas. Perspectiva argentina y comparada*, en AAVV, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Bogotá, 2014, p. 289 y ss.

no en cuanto a la justificación de su dictado; tampoco en cuanto a la finalidad que se persiguiera, y lo propio parecería en cuanto a la temporaneidad allí asignada<sup>113</sup>, la cual, en principio, no luciría excesiva. Tampoco creemos que se altere la exigencia de razonabilidad en cuanto a la imposición en sí de una estabilidad temporal propia o reforzada como allí se hace, lo cual, creemos, no importaría de suyo una transgresión al orden constitucional y, de hecho, distintas normas del ordenamiento (vgr. art. 104, LNE) instituyen soluciones de similar tipo aún en épocas de normalidad institucional.

La duda que, creemos, podría presentarse se vincularía a la modalidad bajo la cual se instituyera la prohibición, específicamente al clausurarse también y al propio tiempo la vía del mecanismo suspensivo al empleador en la relación de trabajo con fundamento en razones de fuerza mayor o falta o disminución de trabajo. Ello es, un mecanismo que el ordenamiento instituye como remedio de transitorio equilibrio de los derechos de ambas partes de la relación, cuya finalidad es, justamente, la salvaguarda del contrato y del interés social vinculado en las situaciones colectivas. Un esquema como el específicamente dispuesto en la norma en análisis, podría, en el marco de extensión temporal con que fuera establecido, y según el caso, conducir a poner en claro riesgo la pervivencia o situación y existencia misma de una empresa, en cuya subsistencia se halla interesada también la fuerza laboral, en cuanto fuente de producción y mantenimiento de los contratos de trabajo, o bien, lesionar seriamente el contenido esencial de los derechos constitucionales de sus titulares, de propiedad y de libertad de industria. Situación que se vislumbraría un tanto más agravada al considerarse que dicho mecanismo hubo de ser instituido en un marco o espectro donde, además, coetáneamente fuera establecido, por otro lado, una prohibición -en muchos casos- para continuar desarrollando las actividades empresariales. Esto es, implicando una imposibilidad de ejercer la industria lícita que es su actividad.

Tal vez la institución de un fondo especial y extraordinario para la cobertura de la contingencia derivada de suspensiones de fuerza mayor o de falta o merma de trabajo, que se hiciera cargo de todo o una parte de los ingresos de los trabajadores afectados podría haber configurado un mecanismo de equilibrio entre las exigencias contrapuestas, una proporción razonable con los altos fines que se persiguen. Ello es, la existencia, sea del mismo o bien de otros medios hipotéticos que podrían haber sido escogidos por el legislador en la especie como menos restrictivos de los derechos constitucionales involucrados.

De todos modos, cabría tenerse presente en el análisis de razonabilidad, que la norma no prohibió todo tipo de suspensión, ya que, como dijéramos, hubo de habilitar la autonomía individual y colectiva para la implementación del citado remedio a través de convenios sujetos a la homologación de la autoridad administrativa, para

---

113 Los propios considerandos de la norma hacen referencia a que se tratan de medidas *transitorias*.

el caso de arribarse a un acuerdo y con un pago no remunerativo, lo cual podría brindar, al menos en parte, cierta remediación, aunque restaría evaluar si suficiente para su consideración como adecuada proporción a los fines perseguidos. En igual camino podría considerarse el programa de ayudas instituido después por el DNU 332/20<sup>114</sup> (*Programa de Asistencia de Emergencia al Trabajo y la Producción*) -norma precisada de significativa reglamentación- destinado a empleadores (y trabajadores) afectados con motivo de la emergencia<sup>115</sup>, en tanto quedaren enmarcados dentro de los supuestos allí previstos y se cumplieran los requisitos también allí exigidos.

***Ambito de aplicación temporal.*** Otro de los aspectos que, a nuestro entender, podrían también ofrecer alguna lectura dispar en torno a la vinculación de la norma con el ordenamiento constitucional parecería fincar en la forma de implementación temporal de sus contenidos en el tema.

1) Sabido es que las leyes tienen una entrada en vigencia determinada, a partir de la cual comienzan a regir. No obstante, una cuestión distinta es la de determinar el “efecto material” de las mismas, ello es, la aplicación a una determinada situación jurídica. No se presentarían inconvenientes cuando la situación jurídica nace ya vigente la nueva ley. No ocurriría lo propio cuando la situación jurídica se encuentra en proceso de formación cuando se produce la sanción y entrada en vigencia de la nueva norma. Ello es materia de regulación por el derecho intertemporal o transitorio. La aplicación absoluta de la nueva ley -dice TOBIÁS- a una situación ya producida parecería afectar en términos inaceptables el postulado de la seguridad jurídica, ya que no resulta concebible regular el pasado hasta un punto en que la ley pueda hacer ilusorio lo que era lícito convirtiéndolo en ilícito o a la inversa<sup>116</sup>. Podría ello generar una inseguridad jurídica extrema, a lo que cabría agregar que la retroactividad no podría afectar derechos amparados por garantías constitucionales<sup>117</sup> (art. 7, Cód. Civ. y Com., y 17, Const. Nac.).

La irretroactividad ante derechos constitucionales venía ya consagrada en el Código de Vélez y fue recogida por el actual ordenamiento general. Ciertamente, no se comprometería el principio de irretroactividad lesiva si mediara aplicación inmediata de la nueva ley a los efectos de las relaciones jurídicas pendientes que requerirían de la fecundación del tiempo para su producción<sup>118</sup>, ello es, en definitiva,

---

114 BO 1/04/20.

115 Los beneficios consistieron, en: a) una postergación o reducción de la contribución patronal al S.I.P.A.; b) una asignación compensatoria al salario pagado por el empleador en empresas de hasta 100 trabajadores; c) un programa REPRO especial que acordará una suma exenta de contribución al S.I.P.A. para empresas de más de 100 trabajadores, y d) una prestación económica especial por desempleo-

116 TOBIÁS, José W., en ALTERINI, J. H.(dir), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético*”, Bs. As., 2ª. ed., t. I, p. 52.

117 TOBIÁS, José, op. cit. p. 52/53.

118 LLAMBIÁS, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil. Parte general*”, Bs. As., 9ª. ed., t. I, p. 132.

*no producidos aún* o no totalmente producidos. Claro es también que incumbiría distinguir al efecto lo que es el hecho en sí de sus consecuencias, y las consecuencias que reciben su existencia en todo del hecho precedente, los cuales, señala COVIELLO, no caerían bajo la nueva ley<sup>119</sup>.

Es igualmente sabido que el legislador es dueño de sujetar la conducta presente de los hombres y prever una cierta sujeción futura de la misma. En cambio, no sería dueño de cambiar lo pasado, lo que ocurrió de conformidad al régimen legal entonces imperante<sup>120</sup>.

2) Existiría, así, un principio de irretroactividad de la ley que en principio importaría sólo una directiva a los jueces<sup>121</sup>. En cambio, la irretroactividad dejaría de ser un *criterio interpretativo* y pasaría a constituir una *exigencia constitucional* cuando la aplicación retroactiva de la ley provocaría un menoscabo a una garantía de esa naturaleza (la propiedad), y también cuando se trata de una ley penal<sup>122</sup>. No se afectaría la garantía citada cuando se modifican *efectos futuros*, puesto que no han llegado aún a convertirse en “propiedad” de alguien<sup>123</sup>. Sí se conculcarían cuando se pretendiera aplicar un nuevo régimen a los efectos *causados con anterioridad* a la nueva norma. Allí, ya no se estaría ante un criterio interpretativo susceptible de ser definido por el legislador, sino de un obstáculo que establecería la Constitución.

En efecto, la prohibición marcada en la ley de fondo en torno a la irretroactividad, en dicho supuesto resultaría hasta innecesaria, dado que el legislador carecería de atribuciones constitucionales para desconocer los derechos amparados por la Constitución Nacional<sup>124</sup>. Su facultad de legislar no podría modificar o alterar derechos incorporados al patrimonio al amparo de una legislación anterior sin menoscabar el derecho consagrado en el art. 17 de la Constitución<sup>125</sup>. No resultaría así ello posible cuando por dicha vía se alterara el alcance jurídico de las consecuencias de hechos producidos con anterioridad, bajo otra regulación normativa<sup>126</sup>.

3) Esto último parecería acontecer en la especie con respecto a la censura establecida en la nueva norma en cuanto a las posibilidades de invocabilidad de los institutos de la fuerza mayor y de la imprevisión -mayor onerosidad sobreviniente engarzada en la falta o disminución de trabajo- con relación a un hecho producido con anterioridad a su dictado, si se quisiera su aplicación a los efectos de una fuerza mayor ya producida, como lo sería las consecuencias de la interdicción dispuesta por el DNU 297.

---

119 Cit. por LLAMBÍAS, en op. cit. p. 140.

120 LLAMBÍAS, Jorge J., op. cit., p. 132.

121 LLAMBÍAS, Jorge J., op. cit., p. 141.

122 LLAMBÍAS, Jorge J., op. cit. p. 134/135.

123 LLAMBÍAS, Jorge J., op. cit., p. 135.

124 LLAMBÍAS, Jorge J., op. cit. p. 140.

125 CSJN, Fallos 305:899; 319:1815.

126 CSJN, 28/05/91, Fallos 314:481.

Ninguna duda parecería existir en la especie de que la situación provocada por el aislamiento social, preventivo y obligatorio decretado por el propio PEN resultaría generador de una verdadera fuerza mayor producida por *hecho del príncipe*, verdadero *casus* para el deudor en virtud de ser irresistible para el mismo, no teniendo más remedio que acatarla<sup>127</sup>, y que como consecuencia directa e inmediata de ello se podía haber tornado imposible a los empleadores (salvo las excepciones contempladas) continuar el otorgamiento de tareas a sus dependientes en el marco de la relación individual de trabajo, y, en otros casos, y por su grave consecuencia sobre la actividad general y con repercusión gravitante en la actividad de la empresa, podría ser susceptible de producir una situación donde no existan tareas para proporcionar a los trabajadores, o bien ello sólo sería factible en condiciones totalmente antieconómicas, una prestación carente de sentido al desdibujarse la causa-fin como elemento esencial del contrato laboral. Habría, según el caso, una fuerza mayor -imposibilidad- u onerosidad excesiva e intolerable, producida por una fuerza mayor anterior (el hecho del soberano).

Ninguna duda existiría tampoco acerca de la plenitud de la justificación que habría llevado al órgano ejecutivo a acudir por razones de urgencia al dictado de la norma de aislamiento respectiva como del mismo su prórroga ante el avance registrado por la pandemia producido por la infección del COVID-19 y la necesidad de protección de la salud pública afectada.

Lo que parecería concitar alguna cavilación, es el acudimiento que en los considerandos de la norma que aquí se analiza se hace a lo dispuesto por el art. 1733 del nuevo Código de fondo.

Ello así, porque parecería, en términos constitucionales, que la aplicación de la cancelación allí dispuesta (prohibición de invocación de fuerza mayor o de la falta o merma de trabajo) sería posible de ser instituida en relación a las consecuencias de situaciones jurídicas *futuras*, hechos que ocurriesen con ulterioridad al dictado de la norma de emergencia que la estableciera, mas no parecería vislumbrarse lo propio respecto las consecuencias de un hecho objetivo ya producido con anterioridad, ello es, respecto de las consecuencias causales inmediatas y mediatas habidas y en curso de un hecho de fuerza mayor que ya aconteciera. En el caso, se trataría de un hecho único que ha producido ya sus consecuencias -la imposibilidad en cabeza del dador de trabajo de otorgar tareas-. El dispositivo del art. 1733 inc. b) citado en la norma del PEN parecería operar naturalmente *hacia futuro*, para los hechos que se produjeran con ulterioridad a la entrada en vigencia de la nueva norma de emergencia. Tales situaciones se darían, vgr., en las distintas hipótesis previstas

---

127 MAZEAUD, Henri y León, y TUNC, André, *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil, delictual y contractual*, trad. esp. de la 5ª ed. francesa, Bs. As., t. 2º vol. II, p. 192 y ss; CAZEAUX, Pedro y TRIGO REPRESAS, Félix, *Derecho de las obligaciones*, Bs. As., 4ª. ed., t. I, p. 546; TRIGO REPRESAS, F. y LÓPEZ MEZA, Marcelo, *“Tratado de la responsabilidad civil”*, Bs. As., 2005, t. I. p. 843. Entre sus antecedentes en el Derecho romano, véase PETIT, Eugene, *Tratado de Derecho romano*, trad. esp., Bs. As., p. 600.

por el propio Código y otras normas, pero siempre respecto de hechos que acontecieran después de la entrada en vigencia de la norma prohibitiva que excluyera la invocación de la fuerza mayor y la falta o disminución de trabajo.

Pero mal parece que (si se quisiera aplicar respecto de las consecuencias producidas por el decreto de interdicción general) pudiera ser aplicado retroactivamente, ello es, ya producido el hecho del príncipe por el propio autor de la prohibición, luego de que se produjera el hecho último de fuerza mayor; en otros términos, producida ya la situación y la consecuencia fáctico-jurídica resultante (la imposibilidad), para impedir a los afectados por dichas consecuencias acudir al remedio que el propio ordenamiento instituía para su subsanación o morigeración, que era la invocación de los efectos dañosos de dichas circunstancias para dispensar los efectos o consecuencias que se derivan del citado hecho del soberano. Convendría volver a puntualizar que a nuestro entender no parecería haber objeción -siempre en la medida de su razonabilidad- que una norma estableciera a futuro, respecto de posibles hechos a producirse, la ininvocabilidad de la fuerza mayor o la mayor onerosidad, mas, parecería dar lugar a duda cuando se pretendiera instituir, como acontecería en la especie, después de producido el hecho imposibilitante, después de producidas las consecuencias del hecho.

**17)** Con fecha 1º de abril el PEN dictó el **DNU 332/20** ya citado, con vigencia desde su publicación<sup>128</sup>.

En el marco del tema que nos ocupa, al regularse allí una de las prestaciones o beneficios instituidos (la *Asignación Compensatoria al Salario*), y en una forma no demasiado precisa, se contempló una suspensión dentro del marco de los contratos laborales individuales.

En tal sentido, la norma alude al supuesto en que *el empleador suspenda la prestación laboral*<sup>129</sup>, en cuyo caso el beneficio en cuestión se reduce<sup>130</sup> y, según dice también la misma, dicha prestación podrá ser considerada como *parte de la prestación no remunerativa* definida por el art. 223 bis de la LCT. Empero, no parecería apropiada en la especie la referencia a una suspensión dispuesta por “el empleador”, lo que equivaldría a decir aquellas instituidas unilateralmente por voluntad del mismo y que se encuentran reguladas por los arts. 218 y ss. de la LCT, habida cuenta que, según fuera visto, tal facultad se encontraría actualmente restringida, en razón de hallarse alcanzada por los efectos de la prohibición temporal establecida por el DNU 329/20. Más tenderíamos a pensar, y particularmente por la mención que seguidamente se hace a lo dispuesto por el art. 223 bis de la LCT, que el legislador habría querido aludir a suspensiones *convenidas* de la relación laboral, una suspensión de algunos efectos de las obligaciones que surgen de la misma, específicamente de la prestación de trabajo. En otras palabras, una suspensión instituida

---

128 BO 1/04/20

129 Artículo 8 *in fine*.

130 En un 25 %.

de común acuerdo entre el empleador y el trabajador, *dispuesta por el empleador conjuntamente con el trabajador*, que es la única contemplada en la norma de la ley general allí referida. Dicha específica clase de suspensión *causalizada*<sup>131</sup>, por lo demás, es la que habría sido considerada exceptuada expresamente de la interdicción suspensiva (y de despidos) por el DNU 329.

**18)** Con fecha 5 de abril se dictó el **DNU 347/20**<sup>132</sup>, el cual, si bien modificó el decreto antes citado, mantuvo toda la parte donde se comprende la citada suspensión.

La norma en cuestión dispuso -como regla- excluir de los beneficios del Programa de Asistencia instituido por el decreto 332, a los sujetos que realizan actividades y servicios declarados esenciales en la emergencia sanitaria y cuyo personal hubiera sido exceptuado del aislamiento obligatorio en el marco del ar. 6° del Decreto 297. Vale decir, aquellos empleadores y trabajadores cuyos contratos de trabajo no hubieran experimentado suspensión de la prestación de tareas. La regla antes indicada admitiría, no bastante excepción, en circunstancias especiales que hubieran producido un alto impacto negativo en la actividad o servicio.

**19)** El 6 de abril se dictó la **Decisión Administrativa 468/20**<sup>133</sup> que amplió el listado de actividades exceptuadas del régimen de aislamiento y prohibición de circular, incorporando a la obra privada de infraestructura energética.

**20)** El 11 de abril, el PEN dictó el **DNU 355/20**<sup>134</sup>.

Por el mismo, y por iguales motivos y finalidades de sus normas predecesoras, se dispuso una nueva prórroga de la vigencia del DNU 297/20 *hasta el día 26 de abril de 2020 inclusive*, siguiéndose al efecto igual línea al DNU 325/20, y con ello, quedó extendido el *aislamiento social, preventivo y obligatorio* y los efectos que del mismo se derivan. El mismo entró en vigencia el día de su publicación.

Con una modalidad más amplia, aunque manteniéndose la necesidad de decisión por el Jefe de Gabinete de Ministros, previó la intervención de las máximas autoridades gubernativas provinciales y Jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Bs. As., y condiciones, en la generación de excepciones al aislamiento y prohibición de circular respecto de personas afectadas a determinadas actividades y servicios, o que habiten ciertas áreas geográficas.

**21)** En igual fecha se dictó la **Decisión Administrativa 490/20**<sup>135</sup> del Jefe de Gabinete de Ministros estableciendo una nueva ampliación del listado de actividades y servicios exceptuados del aislamiento y prohibición de circulación.

---

131 Ello es, fundada únicamente en las causales de falta o disminución de trabajo o fuerza mayor.

132 BO 5/04/20.

133 BO 7/04/20.

134 BO 11/04/20.

135 BO 11/04/20.

#### IV. Reflexiones finales

La vertiginosidad de las circunstancias producidas con motivo de la pandemia, así como su gravedad, han generado claramente una situación que, al decir de los autores del Derecho público, resultaría caracterizable como de emergencia o de necesidad máxima y, en otros aspectos, como situación de prevención y alarma, en cuanto, de no ser corregida, podría perturbar gravemente el normal funcionamiento de las instituciones y de la vida de la población. Mientras tanto, impacta en nuestra cotidianidad personal, familiar, social y laboral<sup>136</sup>.

La emergencia proviene de su modo de ser extraordinario, su gravedad y amplitud de los efectos que provoca la necesidad de establecer normas también extraordinarias adecuadas para la protección de los intereses públicos afectados. Sin embargo, no ha de olvidarse que el derecho de emergencia no nace fuera de la Constitución, sino *dentro* de ella, pues, conforme recordaba BIDART CAMPOS, ninguna emergencia ni instituto de emergencia confiere poderes superiores o ajenos a la Constitución, ni significa suspender la vigencia de la misma<sup>137</sup>.

La misma celeridad y la imperiosidad de dar respuestas sobre la marcha de los acontecimientos y con una finalidad preventiva del bien común, ha justificado debidamente a nuestro juicio el dictado de toda una multiplicidad de normas de fuente diversa como de jerarquía igualmente dispar, y que, en ocasiones, han exhibido incluso ciertas colisiones o desajustes perfectamente entendibles en el cuadro de anormalidad sobre el que ha tocado actuar, y además, de signo rápidamente cambiante.

No parecería haber dudas sobre de la finalidad altamente protectora que ha inspirado las distintas normas que, respecto de las relaciones individuales de trabajo, han sido dictadas por el Gobierno en la presente emergencia. Ciertamente, el trabajador es y debe objeto merecedor de especial tutela por el ordenamiento. No obstante, tampoco cabría desconocer, al propio tiempo, la compleja y problemática situación que ha significado para las empresas las difíciles circunstancias producidas con motivo del avance del COVID y de las regulaciones dictadas en su consecuencia. Situación que, en muchos casos, ha determinado o bien, una sensible reducción de su actividad, o incluso una prohibición temporal para su continuación, con la consiguiente reducción de sus ingresos, o hasta la pérdida de los mismos.

Resulta indudable la severa dificultad -sino imposibilidad- que, en muchas de dichas circunstancias, podría significar el cumplimiento de la prestación de abonar el salario a los trabajadores que, alcanzados por el aislamiento obligatorio, no pueden continuar la prestación de tarea<sup>138</sup>. Podría, en tal camino, parecer prudente la consideración de mecanismos que propugnasen hacia una conciliación o equilibrio

---

136 ACKERMAN, Mario, op. cit.

137 BIDART CAMOS, Germán J., *Manual de derecho constitucional argentino*, Bs. As., p. 167.

138 CONFALONIERI (h), Juan A., op cit., p. 23.

proporcional de los intereses de ambas partes de la relación y, a su vez, obviamente, de los mismos con el interés general. La búsqueda del equilibrio entre las exigencias de cada parte, ello es, la razonabilidad básica de los mecanismos normativos que contenga la política pública, lo cual consiste, no sólo en la persecución de fines constitucionalmente válidos, sino también medios proporcionales para alcanzarlos. Podría igualmente pensarse en esa senda, en habilitar a través de la negociación colectiva la implementación de un mecanismo similar o análogo al de reestructuración contemplado por los arts. 95 y ss., de la LNE con sus respectivas particularidades en razón de la situación actualmente imperante.

Mientras tanto, la tempestad (la emergencia) continúa.