

Derecho del Trabajo 2020/2021

La nueva realidad de las relaciones laborales

Gabriel Binstein (director)



THOMSON REUTERS
LA LEY

THOMSON REUTERS
LA LEY



**Derecho del Trabajo
2020/2021**

**La nueva realidad
de las relaciones laborales**

Gabriel Binstein (director)

**AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD
DE BUENOS AIRES**

Decano

Alberto J. Bueres

Vicedecano

Marcelo Gebhardt

CONSEJO DIRECTIVO DE LA FACULTAD DE DERECHO

CLAUSTRO DE PROFESORES

Consejeros Titulares

Oscar Ameal / Ernesto Alberto Marcer / Leila Devia / Germán Gonzalo Alvarez / Luis Mariano
Genovesi / Luis Fernando Niño / Daniel Roque Vítolo / Alfredo Mauricio Vítolo

Consejeros Suplentes

Marcelo Gebhardt / Mary Beloff / Raúl Gustavo Ferreyra / Juan Pablo Mugnolo / Carlos Mario
Clerc / Silvina Sandra González Napolitano / Graciela Medina / Alejandro Norberto Argento

CLAUSTRO DE GRADUADOS

Consejeros Titulares

Leandro Abel Martínez / Silvia Lorelay Bianco / Pablo Andrés Yannibelli / Fernando José Muriel

Consejeros Suplentes

Elisa Graciela Romano / Gisela María Candarle / Aldo Claudio Gallotti / Lisandro Mariano
Teskiewicz

CLAUSTRO DE ESTUDIANTES

Consejeros Titulares

Joaquín Rodrigo Santos / Catalina Cancela Echegaray / Víctor Francisco Dekker / Juan Alfonsín

Consejeros Suplentes

Facundo Corrado / Silvia Alejandra Bordón / Eliana Malena Gramajo / Juan Francisco Petrillo

Secretarios

Secretaria Académica: Silvia C. Nonna

Secretario de Administración: Carlos A. Bedini

Secretario de Extensión Universitaria y Bienestar Estudiantil: Oscar M. Zoppi

Secretario de Investigación: Marcelo Alegre

Secretario de Coordinación y Relaciones Institucionales: Marcelo Haissiner

Subsecretarios

Subsecretario Académico: Lucas G. Bettendorff

Subsecretario de Administración: Rodrigo Masini

Subsecretario Técnico en Administración: Daniel Díaz

Subsecretaria de Planeamiento Educativo: Noemí Goldsztern de Rempel

DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

Directora: Mary Beloff

Subdirector: Luis R. J. Sáenz

Secretario: Jonathan M. Brodsky

Derecho del Trabajo 2020/2021

La nueva realidad de las relaciones laborales

Gabriel Binstein (director)



THOMSON REUTERS
LA LEY

Binstein, Gabriel (director)

Derecho del Trabajo 2020-2021 : la nueva realidad de las relaciones laborales / Gabriel Binstein. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : La Ley, 2021.

Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga y online

ISBN 978-987-03-4203-8

1. Derecho Laboral. I. Título.

CDD 344.01

© Departamento de Publicaciones - Facultad de Derecho UBA, 2021
Av. Pte. Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB) Buenos Aires

© De esta edición, La Ley S.A.E. e I., 2021
Tucumán 1471 (C1050AAC) Buenos Aires
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

ISBN 978-987-03-4203-8

SAP

ARGENTINA

ÍNDICE GENERAL

LA NORMATIVA DE EMERGENCIA FRENTE AL COVID-19 Y LAS SUSPENSIONES EN LOS TÉRMINOS DEL ART. 223 BIS, LCT

Por Daniela Ducros Novelli

I. Introducción.....	1
II. Nudo	2
II.1. El trabajo está prohibido y la prestación suspendida.....	3
II.2. El art. 223 bis, LCT, no regula una causal autónoma de suspensión	3
II.3. La representación del trabajador en la firma de los acuerdos ...	5
II.3.a. El acuerdo celebrado entre la UIA y la CGT	5
II.3.b. La res. 397/2020 del Ministerio de Trabajo	6
II.4. La posible nulidad de los acuerdos.....	6
II.4.a. Vicio del consentimiento en el sujeto	7
II.4.b. El objeto del acto y el art. 279 del Cód. Civ. y Com.	7
II.4.b.i. El fraude.....	7
II.4.b.ii. Vicio de lesión subjetiva	8
III. Consideraciones respecto a la extensión temporal de las suspensiones por DNU 529/2020	8
IV. Cierre	9

LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO SIN CAUSA Y POR FUERZA MAYOR, FALTA O DISMINUCIÓN DEL TRABAJO EN EL MARCO DEL COVID-19

Por Jorge Rubén Danzi

I. La situación mundial que trajo aparejada el virus.....	13
II. El derecho del trabajo y algunas formas de extinción del contrato	13
III. El marco normativo de emergencia anterior a la pandemia.....	15
IV. La normativa dictada a causa de la pandemia.....	16
V. Prohibición de los despidos sin justa causa y por las causales de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor y de las suspensiones por estos motivos	18

	Pág.
VI. La validez de las normas que prohíben la extinción del contrato de trabajo sin causa y por fuerza mayor o falta o disminución del trabajo en el marco del COVID-19.....	18
VII. Conclusión.....	20

EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR JUBILACIÓN EN EL MARCO DEL AISLAMIENTO SOCIAL PREVENTIVO Y OBLIGATORIO (ASPO)

Por Nadia García

I. Introducción.....	23
II. La situación general previa a la reforma.....	23
II.1. El exceso de edad por servicios faltantes	24
II.2. Respecto a la intimación cuando se trata de trabajadores comprendidos en regímenes diferenciales	25
III. La reforma del art. 252 de la LCT.....	27
III.1. Ejercicio de la facultad prevista el art. 252.....	28
III.2. Exención parcial de contribuciones.....	29
III.3. La intimación a jubilarse en el marco del aislamiento social preventivo y obligatorio.....	30
IV. Conclusiones.....	31

EL CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO: TELETRABAJO

Por Luis Andrés Pietrani

I. Consideraciones previas.....	33
II. El contrato de trabajo.....	34
III. El teletrabajo.....	35
IV. El contrato individual de trabajo y el teletrabajo.....	37
V. Consideraciones.....	41

EL VALOR DE LA CONCILIACIÓN EN TIEMPOS DE CRISIS

Por María Roxana Henriques

I. Introducción.....	43
II. Desarrollo	43
III. Concepto de conciliación.....	44
IV. Normativa	45
V. Valor de la conciliación	47
VI. Como llevar adelante la conciliación.....	48
VII. Conclusión.....	50

Pág.

LA DEUDA INTERNA DE LA CONCILIACIÓN LABORAL*Por Enrique Agustín Precedo y Andrea M. Rodríguez*

I. Mediación y conciliación como sistemas	53
II. Conciliación y protagonistas.....	55
III. Conciliación y vulnerabilidades	56
IV. Conciliación como alternativa.....	58
V. Conclusiones	62

LA NECESIDAD DE NUEVOS CANALES DE COMUNICACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA PRODUCCIÓN Y DEL TRABAJO*Por Claudia Á. Fernández Cornejo*

I. El nuevo escenario productivo.....	65
II. El panorama normativo.....	65
III. Los nuevos desafíos y el derecho del trabajo	66
IV. Aportes y conclusiones	68

PREVENCIÓN Y TELETRABAJO*Por Mónica A. Copani*

I. Introducción.....	71
II. Prevención. Condiciones de trabajo y teletrabajo	71
III. Efectos en la modalidad de teletrabajo	72
IV. La legislación nacional e internacional	74
V. Teletrabajo: impacto en la vida laboral y familiar.....	76
VI. Bibliografía	78

LA RESPONSABILIDAD DE LAS ART ANTE LA APARICIÓN DEL COVID-19*Por Norma N. Murúa*

I. El COVID-19: enfermedad profesional, enfermedad inculpable o enfermedad laboral no listada	79
II. Prevención en el lugar de trabajo	80
III. Procedimiento y capacitación de las ART.....	81
IV. Inspecciones laborales	82
V. Medidas para la protección de los trabajadores en los lugares de trabajo	83
VI. La LRT y los derechos humanos	83
VI.1. Fuentes.....	84

	Pág.
VI.2. Caracteres	85
VI.3. La ART y los derechos humanos	85
VII. Conclusiones	86

LA RES. 207/2020 DEL MINISTERIO DE TRABAJO Y SUS CONTROVERSIAS

Por Mercedes Cadierno

I. Los antecedentes. El virus	89
II. Las normas dictadas ante la emergencia sanitaria	90
III. La suspensión de las actividades escolares presenciales	92
IV. Requisitos para obtener la dispensa del progenitor o persona responsable	93
V. Impacto sobre las remuneraciones	93
VI. El interés superior de la niña, niño y adolescente. Su prevalencia	95

TRABAJADORES ESENCIALES Y EXCEPTUADOS

Por Raimunda Isabel Núñez

Resumen	97
I. Introducción	98
II. Trabajadores esenciales y exceptuados en tiempo de pandemia	99
III. Discriminación positiva. Declaración. Beneficios	105

SER O NO SER. ANÁLISIS DEL DEC. 367/20 QUE PRESCRIBE AL COVID-19 COMO ENFERMEDAD PROFESIONAL NO LISTADA Y SU TRÁMITE ADMINISTRATIVO ANTE LA COMISIÓN MÉDICA CENTRAL

Por Mariano Natale

I. Introducción	109
II. A modo de preludio	109
II.1 Principales normas del sistema de riesgos del trabajo	110
II.2. Despejando dudas y mitos. Biológicamente el COVID-19 no es un accidente profesional	111
III. Análisis del dec. 367/20. COVID-19 como enfermedad profesional no listada	113
III.1. ¿Por qué el COVID-19 debe ser considerada a priori como enfermedad profesional no listada?	114
III.2. Del trámite ante la Comisión Médica Central	115
III.3. El contenido humanitario	116
III.4. La discriminación positiva en favor del personal de salud	116

	Pág.
III.5. Vigencia.....	117
IV. A modo de conclusión.....	117

¡AL GRAN PUEBLO ARGENTINO, SALUD!

Por Gabriela Novach

I. El derecho a la salud. Marco normativo de su aseguramiento.....	121
II. ¿Derecho a la salud o a la enfermedad?	123
III. La problemática del ausentismo laboral	124
IV. La ausencia por indisposición	126
V. Aviso y control: el eje del conflicto.....	128
VI. Conclusiones y algunas propuestas de solución	129

TECNOLOGÍA Y TRABAJO: EL NUEVO PARADIGMA EN LAS RELACIONES LABORALES

Por Osvaldo Javier de Ugarte

I. Introducción. El mundo de hoy para conocer el mundo del mañana ...	131
II. Los nuevos escenarios	133
III. Conclusiones	141

LOS DESAFÍOS DEL TRABAJO Y DEL DERECHO DEL TRABAJO EN EL SIGLO XXI: LA NECESARIA ADOPCIÓN DE LA TECNOLOGÍA DEL FUTURO HOY

Por Nahuel H. Altieri

I. Introducción. “Lo único permanente es el cambio”	143
II. Conceptos.....	143
II.1. La llamada “Inteligencia Artificial”. Los algoritmos.....	144
II.2. <i>Big data</i>	144
II.3. <i>Machine Learning</i> . El aprendizaje de las máquinas	144
II.4. <i>Data mining</i> . Minería de datos.....	145
III. Impacto: en el trabajo; en el derecho del trabajo; en el derecho procesal del trabajo y en el servicio de justicia.....	145
III.1. Impacto en el mundo del trabajo.....	146
III.2. Impacto en el derecho del trabajo.....	149
III.3. Algunos aspectos del impacto en el derecho procesal del trabajo y en el servicio de justicia.....	150
IV. Conclusiones finales. Algunas propuestas.....	152

REPENSANDO EL DERECHO LABORAL DE LA POSPANDEMIA

Por Cecilia B. Reybet y Lilian Dixon

I. Introducción.....	155
II. Desarrollo	157
III. Desenlace	160
IV. Conclusiones.....	161

LA CRISIS COMO OPORTUNIDAD: ALCANCES DE LA “NUEVA REALIDAD”

Por María Virginia Chedrese

I. Introducción.....	163
II. Normativa de referencia y su aplicación.....	163
III. La crisis como oportunidad. Deconstruir para transitar hacia un nuevo paradigma.....	167

LOS DESAFÍOS DEL TRABAJO 2020

Por Javier Andrés Prieto Fasano

I. Introducción.....	171
II. Visión de la Organización Internacional del Trabajo.	172
III. Conclusión.....	175

Reflexiones a partir de las PRIMERAS JORNADAS VIRTUALES de la Cátedra del Dr. Gabriel Binstein. En dicha oportunidad, expusieron más de 20 docentes miembros de la Cátedra del Dr. Binstein sobre los nuevos desafíos del derecho del trabajo en la pandemia, y en la pospandemia COVID-19.

Al día de la fecha, más de 2400 personas visualizaron estas mediante el uso de herramientas digitales. La 1ra jornada virtual puede ser visualizada mediante el siguiente link: <https://youtu.be/sK1r-GmFRjk>.

Coordinación y Organización: Dra. Norma Murua, Dr. Javier de Ugarte, Dr. Nahuel Altieri, Dr. Esteban Diego d'Albuquerque, director. Dr. Gabriel Binstein

Cátedra Dr. Gabriel Binstein Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

CARTA DEL DIRECTOR

Las Primeras Jornadas Virtuales de Derecho del Trabajo de la Facultad de Derecho —UBA— que dieron origen a esta publicación fueron pensadas por un conjunto de destacados docentes de la cátedra y este director, a la sazón, a cargo de la titularidad de la misma. Se constituyó en un verdadero desafío. Recordemos el pasado año 2020 y la veloz transformación de las clases presenciales en virtuales debido a las circunstancias pandémicas de público conocimiento.

El desafío fue coronado por un éxito de participación profesional así como por la calidad de las exposiciones. Ha sido muy estimulante pensar en voz alta con los miembros de la cátedra. También lo ha sido avanzar en un futuro impulsado por la tecnología.

El mundo global ejerce presión sobre nuestra conducta y valores. La fusión de la biotecnología y la infotecnología nos rodea. Las normas jurídicas llegan tardíamente a regular los nuevos fenómenos económicos y por ende operamos con juridicidad casi fuera de tiempo. Los abogados debemos interpelar a la sociedad y aportar significativamente en el campo de la creación del empleo. Estamos en deuda. Tenemos frente a nosotros la Inteligencia Artificial —IA— la Conectividad y la Capacidad de Actualización.

En general, no existe idea alguna acerca del mercado laboral y las normas regulatorias en 2030 o 2040. Sin embargo existe acuerdo respecto a la permanente innovación tecnológica. El aprendizaje automático cambiará casi todos los tipos de trabajo. También cabe presumir que a mediano plazo, la automatización seguirá generando nuevos empleos. La revolución industrial fue un buen ejemplo que puede reforzar esa presunción. En cualquier caso, debemos asumir los cambios que ya se encuentran entre nosotros. La robótica ha llegado con mucho ímpetu con efectos visibles en la economía y las relaciones laborales. Depende de nosotros asumir los desafíos con un pensamiento creativo propio de este siglo XXI.

Quisiera por último agradecer el apoyo recibido de las autoridades de la Facultad de Derecho —UBA —, del Departamento de Publicaciones y del de Derecho del Trabajo en la persona del director Dr. Miguel Maza quien impulsó con entusiasmo esta publicación. También el reconocimiento a la Editorial La Ley. Finalmente a todos y cada uno de los integrantes de la cátedra que dieron todo su esfuerzo para aceptar las nuevas propuestas y volcarlas al texto.

Dr. Gabriel Binstein

PRÓLOGO PARA EL LIBRO DE LA CÁTEDRA BINSTEIN

La dirección de un departamento pedagógico universitario suele involucrar un denso enjambre de tareas y responsabilidades administrativas.

Sin embargo, entre la neblina burocrática a veces se filtra la luz de lo creativo y entonces la alegría que provoca crear o acompañar la creación de nuestros pares compensa el esfuerzo de aquellas aburridas funciones.

Gabriel Binstein, desde que asumió la misión de intentar cubrir el enorme vacío que dejara la profesora Estela M. Ferreiros, una docente de gran potencia y carisma poco común entre el alumnado y el equipo docente, no paró de pensar, producir y crear como una usina luminosa.

No me sorprendió, porque lo conozco desde mucho tiempo atrás y esas cualidades lo han caracterizado.

Lo que me ha asombrado fue el volumen y la calidad de lo que ha producido al frente de esa cátedra y el modo en que ha transmitido su entusiasmo al equipo docente que le ha tocado en suerte liderar.

La primera jornada virtual de Derecho del Trabajo, que fue seguida de otras actividades encomiables, significó mucho porque, más allá del hecho académico, implicó volver a amalgamar a las docentes y los docentes de la cátedra detrás de un proyecto común, así como significó una forma de estimulación que fue creciendo y desarrollándose sin pausa.

Por eso, cuando el profesor Binstein compartió conmigo la posibilidad de consolidar aquel primer hito en una publicación de cátedra, es decir como fruto del trabajo mancomunado del equipo docente por él encabezado, me comprometí más allá de lo que estaba a mi alcance y me puse a “empujar” ese proyecto que, gracias a la imprescindible e inestimable ayuda y apoyo de la Dra. Mary Beloff, Directora de Publicaciones de nuestra Facultad, llegó al mejor puerto posible: ud. lector, ud. lectora que hoy tiene este trabajo en sus manos y en su biblioteca.

Empero, los libros y las publicaciones, una vez que ven la luz editorial, se independizan y, amén de resultar objetos de lectura y consulta por los destinatarios, son de alguna manera hijos de sus autores y en las obras co-

lectivas como la presente ello genera un fuerte vínculo, como madres y padres, entre quienes las dieron a luz.

Por eso, esta obra vale como producto académico pero más aun como energía que circula entre las docentes y los docentes de la cátedra.

Siempre repito, quizá con exceso, que en mi opinión las más importantes funciones esperables de quienes ejercen la titularidad de una cátedra son la de promover entre el equipo docente el placer del servicio de la enseñanza, la generación constante de estímulos para seguir estudiando, como lo aconsejaba Couture en su Decálogo, para seguir formulándose preguntas, para llevar al formato de publicaciones y libros, escritos o electrónicos, el resultado de la reflexión y de la investigación y, sobre todo, para que cada docente de la cátedra siga siendo consciente, pese al transcurso del tiempo y la resistencia que ponen los obstáculos, de ese don maravilloso que es la docencia, especialmente en la Universidad pública.

Por mi parte, me siento orgulloso por ese homeopático granito de arena que pude aportar “empujando” este proyecto que hoy tiene forma de libro de cátedra y felicito no solamente a Gabriel Binstein sino también a cada docente que ha participado en su producción.

Dr. Miguel Maza

Julio 2021

LA NORMATIVA DE EMERGENCIA FRENTE AL COVID-19 Y LAS SUSPENSIÓNES EN LOS TÉRMINOS DEL ART. 223 BIS, LCT

Por Daniela Ducros Novelli

I. INTRODUCCIÓN

El día 19/03 el DNU 297/20, dispone el Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio (ASPO) con motivo de la pandemia del COVID-19 que está afectando al mundo entero.

Este regía originalmente por un plazo de quince días, sucesivamente prorrogado por los DNU 325/20, 355/20, 408/20, 459/20, 493/20, 520/20 y 576/20. Estableciendo el 520 una distinción según zonas, en relación con las personas que residan o se encuentren en los aglomerados urbanos y en los departamentos y partidos de las provincias argentinas, que no cumplan positivamente los parámetros epidemiológicos y sanitarios previstos en el art. 2° del mismo cuerpo legal, en relación con los cuales se prorroga el ASPO. Comprende la zona del Área Metropolitana de Buenos Aires (AMBA), el Departamento de San Fernando de la provincia del Chaco, los Departamentos de Bariloche y de General Roca de la Provincia de Río Negro, el Departamento de Rawson de la provincia del Chubut y la Ciudad de Córdoba y su aglomerado urbano de la provincia de Córdoba.

Para las zonas excluidas (el resto del país) que cumplan positivamente con los parámetros epidemiológicos establecidos deja de regir el ASPO y pasan a una etapa de Distanciamiento Social Preventivo y Obligatorio (DSPO).

El art. 2° del DNU 297/20 dispensa al trabajador de ir a trabajar, le prohíbe salir de su casa y desplazarse, salvo que se encuentre comprendido en las actividades esenciales, expresamente excluidas por el art. 6°.

A su vez, el art. 8° del mismo cuerpo legal, garantiza al trabajador el cobro “íntegro de sus haberes habituales”.

Una norma que tiene una finalidad que excede y desborda lo salarial o laboral, siendo junto a otras políticas que ha tomado el Poder Ejecutivo, como la contención de grupos sociales vulnerables por medio de IFE, el eje

central del aislamiento. Tiende a evitar que el trabajador para poder subsistir lo rompa, saliendo a la calle y en consecuencia contagiarse y contagiar a otros. Es decir, el bien jurídico tutelado detrás de esa garantía del art. 8° del DNU 297/20, no es solamente el salario, ni solamente es laboral, es la “salud Pública” de toda la población, el éxito del aislamiento.

Si esta garantía no existiera el aislamiento no sería posible.

Se garantizan así dos bienes jurídicos centrales de protección; primero, la salud pública, a través de dos derechos subjetivos, Protección a la integridad psicofísica y el derecho a la vida y segundo, el trabajo desde sus dos puntos de vista, protección del puesto de trabajo y de la intangibilidad remuneratoria.

Es una obligación, cuya naturaleza jurídica es la seguridad social y que el Estado ha decidido descargar en el empleador. No es la única, ni es la primera, esto pasa por ejemplo con el sostenimiento del salario cuando ocurre un accidente inculpable (208 de la LCT).

Unos días más tarde el DNU 329/20 del 31/03, aclara en forma expresa lo que de algún modo ya decía el DNU anterior, que despidos sin causa y por fuerza mayor o falta o disminución de trabajo, así como las suspensiones por fuerza mayor o falta o disminución de trabajo, están prohibidas; el art. 4° aclara que no producen efecto alguno, es decir, son nulas.

Sin embargo, el art. 3°, párr. 2do., introduce la excepción del art. 223 bis de la LCT.

El 10/06 el DNU 529 establece que los límites temporales por cada año previstos por los arts. 220, 221 y 222 de la LCT en un máximo de treinta días para el caso de falta o disminución de trabajo, de setenta y cinco días para el caso de fuerza mayor, o de noventa días por acumulación de ambas causales, no regirán para las suspensiones por falta de trabajo y fuerza mayor dispuestas en los términos del art. 223 bis de la LCT, como consecuencia de la emergencia sanitaria, las que podrán extenderse hasta el fin del Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio dispuesto por el DNU 297/20 y sus prórrogas, lo cual es muy contradictorio y no guarda correlación ni coherencia con el resto de las normas.

II. NUDO

En este escenario, —a mi manera de ver—, varias razones indican que es inaplicable el art. 223 bis de la LCT en el contexto de la emergencia.

II.1. El trabajo está prohibido y la prestación suspendida

La suspensión es una iniciativa del empleador. Una iniciativa que no puede existir en este caso, porque la prestación, en las zonas donde continúa rigiendo el ASPO, salvo en el caso de actividades esenciales, está prohibida y en consecuencia ya se encuentra suspendida, por decisión del Estado en ejercicio de su poder de policía (art. 2º, DNU 297/20).

Esto es ratificado por el art. 6º de la res. 279/20 del Ministerio de Trabajo (BO 01/04/20) que indica: “La abstención de concurrir al lugar de trabajo implica la prohibición de hacerlo, salvo en los casos de excepción previstos...”.

Pensémoslo así, si se admitiera la suspensión del personal dispensado de concurrir al trabajo, la medida no constituiría una “suspensión de ciertos efectos del contrato de trabajo” como señalan los arts. 218 a 222 al referir a los efectos de las suspensiones, porque esos efectos ya se encuentran suspendidos desde el 19/03 fecha en que el DNU 297/20 dispone el ASPO. Los trabajadores ya no concurrían por imperio de una norma, la medida solo tendría por objeto no cumplir con la garantía salarial del art. 8º, DNU 297.

El art. 40 de la LCT señala: “Se considerará prohibido el objeto cuando las normas legales o reglamentarias hubieren vedado el empleo de determinadas personas o en determinadas tareas, épocas o condiciones”, aclarándose que, a diferencia de lo que sucede en el contrato de objeto ilícito, la prohibición del objeto del contrato está siempre dirigida al empleador.

La situación descripta por el art. 40 de la LCT es precisamente lo que sucede en este caso, donde las normas legales (art. 2º, DNU 297/20 y art. 6º res. 279/20 del Ministerio de Trabajo) han vedado el empleo de determinadas personas o en determinadas tareas (todos aquellos trabajadores que se desempeñen en las tareas no esenciales comprendidas en el art. 6º del DNU 297/20).

En consecuencia, así no existiera la garantía salarial del art. 8º del DNU 297/20, de todas formas, estamos frente a un supuesto del art. 40 de la LCT, porque el objeto está prohibido y el empleador debería pagar la remuneración como indica el art. 42 de la LCT.

II.2. El art. 223 bis, LCT, no regula una causal autónoma de suspensión

En un contexto de normalidad si el Empleador quiere despedir o suspender por causales económicas, tiene que iniciar el Procedimiento Preventivo de Crisis (PPC) previsto en los arts. 98 a 105 de la ley 24.013 (BO del 17/12/91).

El art. 98 de la ley 24.013, establece que el PPC es obligatorio cuando se despiden o suspenden por causas económicas (falta o disminución de trabajo o fuerza mayor) al quince % de los trabajadores en empresas de menos de cuatrocientos (400), al diez % en Empresas de entre cuatrocientos (400) y mil (1.000) y al cinco % en empresas de más de mil (1.000) trabajadores.

El art. 104 del mismo cuerpo legal, aclara expresamente que, si no se realiza el PPC, los trabajadores mantienen la relación con derecho a salarios caídos. Es decir, son nulos los despidos y las suspensiones dispuestas que superen los mínimos del art. 98, sin cumplir con el procedimiento establecido por la ley.

En caso de no superarse la cantidad mínima de trabajadores afectados establecida por el art. 104 de la ley 24.013 que obligue a realizar el PPC, de todos modos, es necesario cumplir con lo establecido por el art. 1º, dec. 328/1988 (BO del 21/03/88). Es decir, la comunicación al Ministerio de Trabajo de las suspensiones o despidos por causas económicas que se dispondrá, sea cual sea el número de los trabajadores afectados, con una antelación no menor a los diez días detallando las causas.

Cabe destacar que el art. 5º del referido dec. 328/1988 aclara que, el trabajador de todos modos, conserva la facultad de accionar judicialmente si se afectan sus derechos.

Luego de realizado el PPC en caso de afectarse una cantidad de trabajadores que superen los mínimos del art. 104 de la ley 24.013 o de enviada la comunicación al Ministerio de Trabajo como indica el art. 1º del dec. 328/88 en caso de no superarse, recién ahí puede acordarse la suspensión de trabajadores por las causales de los arts. 218 a 222, existiendo la posibilidad de pactar una "asignación no remunerativa" en los términos del art. 223 bis de la LCT.

Este artículo fue incorporado a la LCT en el 1996, por la ley 24.700 (BO del 14/10/96) pero para una situación inversa a la actual.

En aquel momento, cuando había suspensiones por fuerza mayor o falta o disminución de trabajo, (arts. 218 a 222, LCT), el trabajador no cobraba nada. Al incorporarse el art. 223 bis LCT, se introduce la posibilidad de acordar un pago. La situación ahora es otra, porque las suspensiones por fuerza mayor y falta o disminución de trabajo están prohibidas (art. 4º del DNU 329), mientras el art. 8º del DNU 297/20 obliga a pagar el salario completo, aunque no se trabaje por las razones ya explicadas.

De lo expuesto, puede advertirse que el art. 223 bis LCT no crea una causal autónoma de suspensión. No regula suspensiones, ni las habilita. No crea una nueva causal para suspender.

Es un artículo que solo establece la posibilidad de acordar un pago, de quitarle entidad remunerativa a un pago, cuando existe una suspensión por “falta o disminución de trabajo” o por “fuerza mayor,” Las que por el art. 4° del mismo DNU 329/20 están prohibidas.

El art. 223 bis de la LCT necesariamente remite para funcionar a los arts. 218 a 222 de la LCT, que regulan las suspensiones por causas económicas, normas que han sido desplazadas por las normas de emergencia.

Es impracticable la utilización del art. 223 bis de la LCT en este contexto, porque la posibilidad de pactar una asignación no remunerativa depende de que pueda realizarse una suspensión por causas económicas, lo que jamás podría ocurrir mientras están prohibidas.

Sin los arts. 218 a 222 de la LCT, el art. 223 bis es solo una cascara vacía de contenido, que quizás debió estar ubicado en el Título “De la Remuneración”, porque habla más de salario que de suspensiones.

II.3. La representación del trabajador en la firma de los acuerdos

La tercera cuestión por analizar se relaciona con la representación, pues no es lo mismo si el acuerdo solo lo firma el sindicato o si también lo firma el trabajador.

El sindicato, no tiene facultades jurídicas para firmar esos acuerdos, porque no es un representante del trabajador, no es un mandatario. El sindicato solo representa el “interés colectivo” de los trabajadores, pero no “al trabajador”.

La diferencia no es menor. No puede entregar sus derechos. No crea obligaciones, ni renuncia a nada.

La función del sindicato es la obtención de mejores derechos, pero no puede renunciar a los derechos adquiridos que emergen del contrato individual, sobre los que rige la irrenunciabilidad (art. 12 de la LCT).

Lo único que el sindicato eventualmente podría hacer, sería establecer un piso, fijar una pauta; por ejemplo, aceptar que como máximo podría reducirse en esta situación el 25% del salario, pero eso no quiere decir que automáticamente se traslade ese piso, esa pauta, a los contratos individuales, porque cada trabajador debería pactarlo individualmente con su empleador.

II.3.a. El acuerdo celebrado entre la UIA y la CGT

El Acuerdo celebrado entre la UIA y la CGT el 21/04/20, además de disponer sobre los salarios de los trabajadores, lo que no podía hacerse tal

como hemos analizado, establece que el acuerdo tenga alcances retroactivos al 1/4/20 cuando las remuneraciones ya se devengaron completas, lo que afecta nuevamente los derechos adquiridos ya afectados al violarse la irrenunciabilidad.

Puede advertirse que no hay contraprestación alguna en el acuerdo.

Las empresas se obligan a mantener los puestos de trabajo por los meses de abril y mayo, un derecho q los trabajadores ya tienen por los DNU de la emergencia que prohíben los despidos. Los trabajadores resignan sus derechos, a cambio de nada. Otra cosa hubiera sido q se pactarán que no haya despidos por el término de un (1) año, o por todo el lapso que dure la emergencia sanitaria, la entrega por parte de las empresas de algún derecho nuevo que los trabajadores no tuvieran.

II.3.b. La res. 397/2020 del Ministerio de Trabajo

El Ministerio de Trabajo mediante la res. 397/20 (BO del 29/04/20), que se basa en el Acuerdo celebrado entre la CGT y la UIA, avala suspensiones que están prohibidas pues la prestación está prohibida (art. 2 del DNU 297/20 y 6 de la res. 279/2020 de ese mismo Ministerio) y contradice el art. 8° del DNU 297/2020 que ordena el sostenimiento íntegro de los haberes habituales, además es bastante imprecisa y abre varios interrogantes.

Ya no se requiere “acuerdo” para la aplicación del art. 223 bis, LCT, como la misma norma indica, el procedimiento establecido en contexto de emergencia señala que la empresa puede hacer en forma unilateral una presentación respetando o adhiriendo a los términos del acuerdo CGT- UIA, del que se le dará traslado al sindicato y en caso de haber “silencio” durante el plazo de tres días, prorrogables por dos más, se presume la conformidad de este.

El acuerdo entre CGT y UIA refiere que es aplicable retroactivamente al 1/4. La Resolución del Ministerio de Trabajo no dice nada.

Se abre el interrogante también, respecto a cuál es el control que ejerce la autoridad administrativa, ¿control respecto a la situación económica de la Empresa? ¿de cada empresa? ¿si realiza actividades esenciales? ¿si se organizó en teletrabajo? ¿En base a que si la homologación es automática?

II.4. La posible nulidad de los acuerdos

En el caso que el trabajador efectivamente acepte la rebaja salarial, firme el acuerdo con el empleador y el Ministerio lo homologue; de todos modos, podrían existir distintos vicios, algunos del consentimiento, otros del

acto jurídico, que se alojan en los distintos elementos de este y que harían difícil que ese acuerdo pase un planteo de nulidad en el poder judicial.

II.4.a. Vicio del consentimiento en el sujeto

En el sujeto existe un vicio del consentimiento, violencia. Evidentemente ese sujeto, el trabajador, que tiene garantizado que no lo pueden despedir ni suspender (art. 4° del DNU 329/2020) y que tienen que abonarle sus haberes habituales en forma íntegra y total (art. 8° del DNU 297/2020), está siendo amenazado injustamente con sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes, que vicia el consentimiento (art. 276, Cód. Civ. y Com.).

II.4.b. El objeto del acto y el art. 279 del Cód. Civ. y Com.

El art. 279 Cód. Civ. y Com., afirma que el objeto del acto jurídico no puede ser, imposible, ni contrario al orden público. Precisamente lo que sucede en este caso, donde el objeto es imposible porque —como ya hemos analizado— no puede suspenderse lo previamente suspendido sumando a ello que además está prohibido (art. 40 de la LCT y art. 6°, res. 279/2020 Ministerio de Trabajo), ni el art. 223 bis habilita suspensiones.

II.4.b.i. El fraude

Muchas voces se han alzado sosteniendo que al invocar el art. 223 bis de la LCT en el contexto normativo descripto se hace fraude.

Se utiliza una norma como cobertura (art 223 bis de la LCT), de una realidad que es regulada por otra norma, que corresponde a otra norma, la norma que se defrauda, en este caso los arts. 2 y 8 DNU 297 de la emergencia.

El objeto del acto es contrario al orden público y se hace fraude (art. 14 de la LCT) al invocarlo, porque se viola el principio de irrenunciabilidad del art. 12 de la LCT, desde que el trabajador tiene garantizado el cobro íntegro de sus haberes habituales por el art. 8° del DNU 297/2020, lo cual —como se ha explicado— tampoco podría haber sido de otro modo ya que en supuestos de trabajo prohibido (art. 40 de la LCT), el art. 42 de la LCT dispone el derecho para el trabajador al cobro de la remuneración.

En este escenario, donde existen una superposición de normas, el derecho tiene reglas.

Las normas de emergencia tienen primacía durante la emergencia, los DNU de la emergencia, desplazan a las normas de la LCT y rigen en su lugar, además de ser normas especiales y posteriores.

El concepto de fraude establecido en el art. 14 de la LCT, fue perfeccionado y *agiorando* por el art. 12 del Cód. Civ. y Com. que con total claridad en

su último párr. establece la consecuencia del fraude; “El acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de aludir”.

Es decir, debe someterse a los arts. 2 y 8 del DNU 297, que pasaron a formar parte del orden público laboral.

Fernández Madrid explica como nadie el sistema de prelación de fuentes y como opera en el contrato de trabajo una norma de orden público.

Sintéticamente puede decirse que; si se pacta por encima del orden público laboral mejores derechos para el trabajador, rige lo pactado.

Si no se pacta nada, la norma ingresa supletoriamente al contrato.

Si se pacta de forma contraria, por debajo de los mínimos inderogables conformados por el orden público, lo pactado no tiene efecto alguno. Es nulo.

La consecuencia, es el reemplazo de lo pactado por las normas imperativas que se trata de eludir (art. 12 del Cód. Civ. y Com.).

II.4.b.ii. Vicio de lesión subjetiva

Podría haber también en el objeto, un vicio de lesión subjetiva (art. 332 del Cód. Civ. y Com.).

Pues, una de las partes explota la necesidad de la otra y obtiene a cambio una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación. Hay que tener en cuenta que él empleador está obligado a pagar en forma íntegra la remuneración (art. 8º, DNU 297/20 y 42, LCT), en consecuencia, el trabajador estaría resignando algo a cambio de nada.

Distinto sería si se acordara, por ejemplo, la estabilidad por un año o algún derecho nuevo que el trabajador no tenga.

III. CONSIDERACIONES RESPECTO A LA EXTENSIÓN TEMPORAL DE LAS SUSPENSIONES POR DNU 529/2020

Respecto a la extensión de los límites temporales de las suspensiones previstas por los arts. 220, 221 y 222 que realiza el DNU 529/2020, independientemente de lo analizado respecto a la inaplicabilidad del art. 223 bis, LCT, en el contexto de la emergencia, cabe señalar que eventualmente aun de considerarse aplicable, la extensión temporal de las suspensiones invocando dicho artículo más allá de los límites de la LCT autorizada por el DNU 529/2020, solo podría implementarse en las zonas geográficas donde continua rigiendo el ASPO diferenciadas por el DNU 520/2020, pues en las que se ha pasado al ASPO ya no operan las previsiones del DNU 297/2020,

condición exigida por el DNU 529/2020 para la procedencia de la extensión temporal de la suspensión.

IV. CIERRE

En síntesis, las normas de emergencia no permiten disminuir el salario, despedir ni suspender. A mi manera de ver, ni siquiera invocando el art. 223 bis, LCT, que es inaplicable por todas las razones ya analizadas. Es cierto que este punto pueda ser controversial porque la normativa es contradictoria. Pero si hay dudas, la solución está en la ley, nuestra disciplina es técnica y técnicamente, jurídicamente, las normas laborales deben ser interpretadas de acuerdo con los Principios que informan la materia, guiando al interprete, Principio Protectorio, Principio de Irrenunciabilidad.

Es una realidad innegable que hay 400.000 Pymes afectadas por el deterioro económico y en buena medida están siendo ayudadas por el Estado que está haciendo un gran esfuerzo.

Los DNU 332 (BO del 01/04/20) y 376 (BO del 20/04/20) han garantizado a las empresas por medio del programa de emergencia, la asistencia al trabajo; el derecho al descuento en noventa y cinco % de las contribuciones patronales, en algunos casos haciendo PPC (cuando tienen más de 60 trabajadores) y en otros no. (art. 2° del DNU 332) y el derecho a que el ANSeS se haga cargo del 50% del salario neto de cada trabajador. Estableciendo un mínimo de cobertura de un (1) salario mínimo y un máximo de dos (2), que se considera a cuenta del pago de las remuneraciones o de la asignación del art. 223 bis LCT (art. 8° del DNU 376).

La Resolución del Ministerio de Trabajo 408 (BO del 08/05/20) permite que el empleador al que se le confirmó el derecho al pago de la asignación por parte de ANSeS, descuenta lo pagado “de más”, poniendo al trabajador en una complicada situación, si el ANSeS no abona inmediatamente la asignación, pues podría quedarse sin cobrar por un plazo incierto hasta que eso suceda.

¿Tal vez no es suficiente?, ¿Tal vez habría que distribuir de otro modo la intensidad de esos subsidios?

En mi opinión, independientemente de lo dicho respecto a la nulidad que intrínsecamente portan las suspensiones celebradas en estos términos en el contexto de la emergencia, el Ministerio de Trabajo antes de homologar debería analizar la situación de cada empresa, no puede ser este un beneficio para todas.

Debería analizarse el estado patrimonial, los balances de años anteriores. Porque pérdidas ahora obviamente tienen todas y el Estado no puede

auxiliar a todas, tiene que hacerlo con las que no puedan continuar sin esa ayuda.

No me refiero a hacer PPC, porque el PPC no tendría sentido en este caso, pues es para despedir o suspender y eso está prohibido.

Lo que digo, es que, si se llega con un acuerdo, más allá de todo lo ya analizado sobre la nulidad de estos acuerdos, el Estado para homologar al menos debería pedir los tres balances, porque si no les da la ayuda a todas, a cualquiera, hay empresas que han podido organizarse en teletrabajo hay empresarios muy importantes que han sido subsidiados.

Se han hecho públicos casos de empresas realmente grandes a las que se le han conferidos los beneficios del programa de emergencia de asistencia al trabajo, piden auxilios para que paguemos entre todos porciones de sus salarios a través de lo que recauda AFIP, ANSeS y todo el Estado. Siempre se socializan sus pérdidas nunca sus ganancias.

Si esos subsidios que se le confieren a grandes empresas se repartieran más equitativamente entre las más pequeñas, probablemente representaría más oxígeno para sostener el entramado productivo del país compuesto por pymes que son las más necesitadas y las que mayor cantidad de puestos de trabajo aportan a la población.

La solución del recorte salarial a los trabajadores no es solución, porque pone en jaque, porque pone en crisis el “principio de ajenidad del riesgo” y el mismo “derecho de propiedad”, fíjense, siempre invocado por el sector económico, cuando el salario es propiedad del trabajador. Es la única propiedad que el trabajador tiene en este contrato.

Muchas veces se sostiene que el derecho de propiedad que emerge del art. 17 de la CN es un derecho absoluto, sin embargo, parece que esto no es así para los derechos que emergen del art. 14 bis de la CN. Ahora bien, aplicando estas reglas “a medida del sector económico” no puede consentirse el recorte salarial a los trabajadores pues ello altera el derecho de propiedad del trabajador conforme el art. 17 de la CN.

Los planteos relacionados a la supuesta arbitrariedad de las normas de emergencia que prohíben a las empresas ejercer libremente su derecho a suspender por fuerza mayor y falta o disminución de trabajo, no parecen atendibles.

El derecho a suspender por razones económicas es un derecho bastante cuestionable porque altera un Principio fundamental en materia laboral, como ser el principio de “ajenidad del riesgo”, un principio que indica que como el trabajador no participa de las ganancias de la empresa, pese ser

este un derecho constitucional (art. 14 bis de la CN) jamás reglamentado, tampoco debe participar de sus pérdidas.

Cuando las cosas van bien obviamente nadie va a buscar al trabajador para participarlo en las ganancias, sin embargo, cuando las cosas van mal, cuando hay problemas, cuando hay pérdidas y cuando hay crisis, enseguida se lo busca para hacerlo socio de esas pérdidas y de esas crisis.

Las suspensiones por causas económicas, así como el art. 247 de la LCT que regula el despido por fuerza mayor o por falta o disminución de trabajo, desdibujan el Principio de Ajenidad del Riesgo, su permanencia en la ley solo puede justificarse si se reglamenta la garantía constitucional de los trabajadores de “Participación en las ganancias de las empresas”, pues es principio básico del derecho ya no laboral sino común, que no hay derecho sin su correlativa obligación y viceversa.

Si esto es así en el derecho común, con más razón debería serlo en el derecho laboral, pues el derecho civil no debería ser más protectorio que el derecho protectorio.

Indudablemente esta es una crisis para ambas partes y si bien la ley tutela a ambas partes, como enseñaba nuestra gran maestra Estela Ferreiros, el Principio de Justicia social es el que en definitiva distribuye la intensidad de esa tutela, lo que es ratificado a nivel constitucional por el art. 14 bis de la CN al proclamar que “el trabajo gozará de la protección de las leyes” y “la protección al trabajo en sus diversas formas”, recogido luego por la CS en Vizzotti ⁽¹⁾, cuando señala que “el trabajador es sujeto de preferente tutela constitucional”, porque no es más que traer la aplicación del “principio de igualdad” del art. 16 de la CN dentro de la empresa.

Esto no quiere decir, que el empresario no merezca protección. ¡Para nada! Claro que merece protección, protección para la producción, protección para todas las inversiones, protección para los bienes materiales.

No podría existir el Derecho del Trabajo sin empresas.

Pero debe ser más intensa la protección del ser humano que trabaja, porque es el que produce la riqueza como decía Jorge Alemán, porque sí desprotegemos al ser humano que trabaja, estamos desprotegiendo el motor que produce todo lo demás, que se quiere proteger y defender.

(1) CS, “Vizzoti, Carlos Alberto c/AMSA SA s/Indemnización por antigüedad art. 245 LCT”, V. 967. XXXVIII. REX, Fallos: 327:3677, 14/09/04.

LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO SIN CAUSA Y POR FUERZA MAYOR, FALTA O DISMINUCIÓN DEL TRABAJO EN EL MARCO DEL COVID-19

Por Jorge Rubén Danzi

I. LA SITUACIÓN MUNDIAL QUE TRAJÓ APAREJADA EL VIRUS

El mundo entero ha sido alterado por esta pandemia y cada uno de los países han dictado normas para proteger principalmente la salud y vida de los seres humanos, las que obviamente han afectado muchas relaciones como familiares, sociales, educativas, económicas y jurídicas, entre ellas las relaciones laborales.

No nos olvidemos que las prohibiciones de aislamiento social implicaron que muchísimas actividades no pudieran desarrollarse impidiendo que las partes de un contrato o relación de trabajo cumplan con sus obligaciones primordiales y recíprocas que son las de dar y prestar trabajo salvo excepciones puntuales o en los casos en que estaban en condiciones de hacerlo a distancia.

Esta situación afectó tanto a los trabajadores como a empleadores privando a estos de los ingresos propios de su actividad que en muchísimos casos como los pequeños comerciantes, profesionales independientes, las micro, pequeñas y medianas empresas hizo que no puedan hacer frente a gran parte de sus obligaciones, entre ellas el pago de las remuneraciones a los trabajadores, por lo cual se fueron adoptando distintas medidas gubernamentales tendientes a aliviar la situación de los empleadores y proteger a los trabajadores, más allá de que pudieran ser tildadas de insuficientes.

II. EL DERECHO DEL TRABAJO Y ALGUNAS FORMAS DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO

Como todos sabemos la principal finalidad del derecho del trabajo es la protección del trabajador por considerar que este se encuentra en una situación de inferioridad frente a su empleador por la relación de dependencia económica, técnica y jurídica que aquel tiene respecto de este último.

Tiene sus propios principios entre los que merecen señalarse el protectorio (arts. 8° y 9°, LCT); el de irrenunciabilidad (arts. 7°, 12, y 13, LCT); y el de continuidad de la relación laboral (art. 10 y ctes, LCT), sin que ello implique desmerecer la importancia de ningún otro, ya que todos ellos se complementan entre sí para hacer efectiva aquella finalidad. De nada serviría el principio protectorio si el trabajador pudiera renunciar a sus derechos, salvo claro está en los casos autorizados por la ley y tampoco si no existiese el principio de primacía de la realidad (art. 14, LCT).

El principio protectorio tiene raigambre constitucional. En efecto, el art. 14 bis de la CN establece que el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, garantía que la LCT recepta en sus arts. 8° y 9° principalmente. Cabe recordar también que la CS en el fallo “Vizzoti” consideró al trabajador como sujeto de preferente tutela constitucional.

Existen distintas formas de extinción del contrato de trabajo de parte del empleador que puede ser sin causa o con causa. La primera de ellas trae aparejada una sanción que es la indemnización por antigüedad (art. 245, LCT), sin perjuicio de que en algunos casos puede acarrear también una indemnización agravada, como sucede por ejemplo cuando se presume que el despido ha sido dispuesto por razones de embarazo, maternidad o matrimonio (arts. 178 y 182 LCT), por mencionar algunos de ellos.

Mientras que entre los casos de extinción del contrato de trabajo con causa encontramos distintos supuestos mereciendo principal atención en esta ocasión el despido originado por fuerza mayor o por falta o disminución de trabajo no imputable al empleador fehacientemente justificada prevista en el art. 247 de la ley de contrato de trabajo (LCT), en cuyo caso el trabajador tendrá derecho a percibir una indemnización equivalente a la mitad de la prevista en el art. 245 (LCT).

Hago especial incapié a esta causa de extinción de contrato de trabajo por cuanto ha sido suspendida por decretos de necesidad y urgencia (DNU) del Poder Ejecutivo Nacional (PEN) prohibiéndolos, como así también los despidos sin causa al igual que prohibió la facultad del empleador de suspender al trabajador por aquellos motivos (art. 219, LCT).

Esta normativa de emergencia exceptúa las suspensiones efectuadas en los términos del art. 223 bis de la LCT que considera 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 individualmente 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 pres-

tación laboral a su cargo. Solo tributará las contribuciones establecidas en las leyes 23.660 y 23.661.

Agrego a las causas de extinción que nos interesan en esta ocasión la establecida en el art. 92 bis de la LCT, que establece que cualquiera de las partes podrá extinguir la relación durante ese lapso —período de prueba— sin expresión de causa, sin derecho a indemnización con motivo de la extinción, pero con la obligación de preavisar según lo establecido en los arts. 231 y 232 de la LCT.

Esta causa de extinción del contrato de trabajo llevada a cabo durante la vigencia del aislamiento social preventivo y obligatorio fue objeto de cuestionamientos ante la justicia por considerar algunos que tales casos también se encontraban comprendidos en la prohibición de los despidos dispuesta por el dec. 329/20 prorrogada por posteriores decretos, habiéndose expedido la jurisprudencia en sentido no uniforme ya que en algunos casos ha aceptado la procedencia de la medida y en otros no ⁽¹⁾.

III. EL MARCO NORMATIVO DE EMERGENCIA ANTERIOR A LA PANDEMIA

Por DNU 34/2019 de fecha 13/12/19 se declaró la emergencia pública en materia ocupacional por el término de ciento ochenta (180) días a partir de su entrada en vigencia. En virtud de lo establecido en el art. 2° de ese decreto se estableció que en caso de despido sin justa causa durante la vigencia de este la trabajadora o el trabajador afectado tendrá derecho a percibir el doble de la indemnización correspondiente de conformidad a la legislación vigente, duplicación que comprende todos los rubros indemnizatorios originados con motivo de la extinción encausada del contrato de trabajo. Este decreto no es aplicable a las contrataciones celebradas con posterioridad a su entrada en vigencia.

La vigencia de este dec. 34/2019 ha sido ampliada en 180 días por el dec. 528/2020 de fecha 09/06/20.

Hace ya varios años atrás la ley 25.561 en su art. 16 había establecido la doble indemnización para los casos de despidos sin causa, sosteniendo la jurisprudencia que no parecía irrazonable que en el estado de emergencia que vivía el país, el legislador tienda a preservar la fuente de trabajo de los trabajadores (art. 10 de la LCT) ⁽²⁾.

(1) CNTrab., sala III, "Bárbara Anabella c/Maxsegur SRL s/Medida Cautelar", 22/6/2020; CNTrab., sala X, "Salazar, Jesús Gabriel c/25 Horas S.A. y otro s/medida cautelar", 16/06/2020.

(2) CNTrab., sala VII, "Puric, Julia c/ Hotelería y Desarrollos SA s/ despido", 26/02/04.

Durante la vigencia de esa ley, la jurisprudencia mayoritaria consideró que la duplicación de la indemnización establecida en aquella no solo procedía para el caso de despido directo dispuesto por el empleador sin justa causa sino también para el caso en que el trabajador se colocara válidamente en situación de despido indirecto por injuria del empleador, ya que de lo contrario el empleador podría forzar al trabajador a que se considere despedido evadiendo de esa forma el pago de la doble indemnización que era el fin perseguido por el legislador ⁽³⁾.

La ley 27.541 publicada en el BO del 23/12/19 declara la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social, delegándose en el Poder Ejecutivo Nacional, las facultades comprendidas en esa ley, en los términos del art. 76 de la Constitución Nacional (CN), con arreglo a las bases de delegación establecidas en el art. 2º, hasta el 31/12/2020.

IV. LA NORMATIVA DICTADA A CAUSA DE LA PANDEMIA

A causa de la pandemia y con base en la ley 27.541 mencionada precedentemente, el PEN comienza a dictar una cantidad de Decretos de Necesidad y Urgencia (DNU) tendientes a paliar la crisis que ella aparejaba, ampliándose la emergencia pública sanitaria; estableciéndose el aislamiento social preventivo obligatorio; eximiendo a los trabajadores de concurrencia a los lugares de trabajo, prohibiendo los despidos por fuerza mayor o falta o disminución del trabajo, como así también las suspensiones fundadas en esas causales, y por otra parte implementando medidas económicas, tales como el ingreso familiar de emergencia (IFE) (DNU 310/2020); la suspensión del corte de servicios (DNU 311/2020); la suspensión del cierre de cuentas bancarias (DNU 312/2020); el congelamiento de las cuotas de los préstamos hipotecarios (DNU 319/2020); la suspensión de los desalojos (DNU 320/20); y el programa de asistencia de emergencia al trabajo y la producción para empleadores y trabajadores y trabajadoras afectados por la emergencia sanitaria (ATP) (DNU 332/2020); refinanciación de deudas de tarjetas de créditos y postergación del vencimiento de cuotas de préstamos, entre otras.

Así por conducto del DNU 260/2020 del 12/3/2020 y en virtud de la pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) en relación con el coronavirus (COVID-19), se amplió la emergencia pública en materia

(3) CNTrab., sala III, "Maldonado, Rubén O. c/ Tangir Alicia N.", 9/12/2002, LNL 2003-00-68, 40000017.- CNTrab., sala III, Godoy Fernández, Wilfrida c/ Consorcio de Propietarios del Edificio J. B. Justo 6591 y otro s/ despido", 25/06/04, LNL 2004-18-1309.- CNTrab., sala X, "Álvarez, Hernando c/ AG Limpieza Integral SA y otro s/ despido", 11/04/03, AR/JUR/707/2003.- CNTrab., sala VII, "Vera, Próspero c/ Vadelux SA s/ despido", 16/04/2004.

sanitaria establecida por la ley 27.541, por el plazo de un ⁽⁴⁾ año a partir de la entrada en vigencia de este decreto.

Por medio del DNU 297/2020 del 19/03/2020 se establece el aislamiento social preventivo y obligatorio (ASPO) para todas las personas que habitan en el país o se encuentre en el en forma temporaria a fin de proteger la salud pública, como una obligación inalienable del Estado Nacional. Durante la vigencia de ese aislamiento, las personas debían permanecer en sus residencias habituales o en la residencia en que se encontraran a las 0 horas del día 20/03/2020.

Debían abstenerse de concurrir a sus lugares de trabajo y no podían desplazarse por rutas, vías y espacios públicos, todo ello con el fin de prevenir la circulación y el contagio del virus COVID-19 y la consiguiente afectación a la salud pública y los demás derechos subjetivos derivados, tales como la vida y la integridad física de las personas. Solo podrán realizar desplazamientos mínimos e indispensables para aprovisionarse de artículos de limpieza, medicamentos y alimentos (art. 2°).

Se exceptuó del cumplimiento del aislamiento social, preventivo y obligatorio y de la prohibición de circular, las personas afectadas a las actividades y servicios declarados esenciales en la emergencia que se detallan en este decreto (art. 6°).

Durante la vigencia del ASPO, los trabajadores y trabajadoras del sector privado tendrán derecho al goce íntegro de sus ingresos habituales, en los términos que establecerá la reglamentación (art. 8°).

Todas estas disposiciones fueron complementadas por resoluciones del Ministerio de Trabajo entre las cuales podemos mencionar los números 202/2020 (casos sospechosos); 207/2020 (personas de riesgo); 219/2020 (trabajo remoto), entre otras.

No debemos olvidar tampoco que por conducto del DNU 367/2020 del 13/04/20, se estableció que se considerará presuntivamente una enfermedad de carácter profesional —no listada— a esta enfermedad producida por el COVID-19.

El dec. 297/2020 fue prorrogándose en el tiempo. El 17/7/2020 el Sr. presidente de la Nación anunció una nueva extensión del aislamiento desde el sábado 18 de julio hasta el 2 de agosto de este año 2020, para el Área Metropolitana de Buenos Aires, el Gran Resistencia, el Gran Córdoba y Río Negro. En esta oportunidad, se trata de una flexibilización del aislamiento para

(4) CNTrab., sala III, "Bárbara Anabella c/Maxsegur S.R.L. s/Medida Cautelar", 22/6/2020; CN-Trab., sala X, "Salazar, Jesús Gabriel c/25 Horas S.A. y otro s/medida cautelar", 16/06/2020.

volver a la Fase 3, habilitando de manera gradual comercios y actividades recreativas (DNU 605/2020).

V. PROHIBICIÓN DE LOS DESPIDOS SIN JUSTA CAUSA Y POR LAS CAUSALES DE FALTA O DISMINUCIÓN DE TRABAJO Y FUERZA MAYOR Y DE LAS SUSPENSIONES POR ESTOS MOTIVOS

El DNU 329/2020 de fecha 31/03/2020 establece la prohibición de los despidos sin justa causa y por las causales de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor por el plazo de sesenta días contados a partir de la fecha su publicación. También prohíbe las suspensiones por esas causales por el plazo de sesenta días contados a partir de la fecha publicación. Excluye las suspensiones efectuadas en los términos del art. 223 bis de la LCT.

Los despidos y las suspensiones que se dispongan en violación de lo dispuesto no producirán efecto alguno, manteniéndose vigentes las relaciones laborales existentes y sus condiciones actuales.

Las prohibiciones establecidas en este decreto fueron prorrogadas por el DNU 487/2020 del 18/5/2020 por el plazo de 60 días contados a partir del vencimiento del plazo establecido anteriormente.

VI. LA VALIDEZ DE LAS NORMAS QUE PROHÍBEN LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO SIN CAUSA Y POR FUERZA MAYOR O FALTA O DISMINUCIÓN DEL TRABAJO EN EL MARCO DEL COVID-19

Pues bien, frente al nuevo cuadro normativo referido precedentemente que prohíbe los despidos sin causa y por fuerza mayor o falta o disminución del trabajo en el marco del COVID-19, como la prohibición de suspender por estas últimas causas, corresponde analizar si ello resulta constitucional o no.

Para dilucidar esta cuestión en primer término me voy a referir a las facultades del Poder Ejecutivo Nacional para dictar estas normas en orden a la Constitución Nacional (CN) que atribuye la función de dictar leyes al Poder Legislativo.

El art 99, inc. 3° de la CN establece que el Poder Ejecutivo participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las promulga y hace publicar. 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 la Constitución para la sanción

de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el 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.

El jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esa comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso.

Se demoró doce años para sancionar la “ley especial” que impone el art. 99, inc. 3º, ley que lleva el número 26.122 y corresponde señalar que esta ley no fija plazo alguno para que las Cámaras se expidan una vez elevado el dictamen de la Comisión Bicameral, omisión que permite que mientras tanto el DNU produzca sus efectos y además exige un rechazo expreso del DNU por aplicación analógica del art. 82 (CN). Tampoco basta con el rechazo de una Cámara, sino que ambas deben expedirse expresamente en tal sentido (art. 24).

La Corte se expidió en varios fallos pudiendo tomar como referencia algunos de ellos para analizar la doctrina que de dicho tribunal emana para determinar la constitucionalidad o no de la legislación de emergencia, por ejemplo, los principios generales sentados en “Verrocchi” (Verrocchi, c/ PEN — Adm. Nac. de Aduanas del 19/8/1999; V. 916. XXXII; Fallos 322:1726); “Consumidores Argentinos” (Consumidores Argentinos c/ Estado Nacional del 19/5/2010; y “Peralta” (Peralta, Luis A. y otro c. Estado Nacional — Ministerio de Economía— Banco Central; Publicado en: LA LEY 1991-C, 158, con nota de Alberto B. Bianchi - LLC 1991, 666 - DJ 1991-2, 219 - ED 141, 523; Corte Suprema de Justicia de la Nación; 27/12/1990), entre otros.

Por otra parte, y como ya hice referencia a comienzo del presente, la CS en el caso “Vizzoti” sostuvo que el art. 14 bis, impone un particular enfoque para el control de constitucionalidad. En efecto, en la relación y contrato de trabajo se ponen en juego, en lo que atañe a intereses particulares, tanto los del trabajador como los del empleador, y ninguno de ellos debe ser descuidado por las leyes. Sin embargo, lo determinante es que, desde el ángulo constitucional, el primero es sujeto de preferente tutela, tal como se sigue de los pasajes del art. 14 bis, así como de los restantes derechos del trabajador contenidos en esa cláusula.

Dijo también la Corte en esa ocasión que sostener que el trabajador es sujeto de preferente atención constitucional no es conclusión solo impuesta por el art. 14 bis, sino por el renovado ritmo universal que representa el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que cuenta con jerarquía constitucional a partir de la reforma constitucional de 1994 (Constitución Nacional, art. 75, inc. 22) ⁽⁵⁾.

VII. CONCLUSIÓN

En virtud de todo lo expuesto entiendo que el Poder Ejecutivo Nacional ha obrado dentro de los límites que le impone el art. 99, inc. 3° de la CN ya que se dieron circunstancias excepcionales que hicieron imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución para la sanción de las leyes, y no se trata de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos.

Sentado ello corresponde señalar que, en el sistema constitucional argentino, no hay derechos absolutos y todos están subordinados a las leyes que reglamenten su ejercicio.

Ha existido y existe una situación de crisis y necesidad pública que exigía la adopción de estas medidas tendientes a salvaguardar los intereses generales, encontrándonos frente a una situación de grave riesgo social que imponía la adopción de medidas súbitas del tipo de las instrumentadas para llevar un alivio a la comunidad.

No se suprimen las garantías que protegen los derechos patrimoniales, sino que se postergan dentro de límites razonables dentro del contexto por el que atravesamos, y se trata de hacer posible el ejercicio de facultades indispensables para armonizar los derechos y garantías individuales con las conveniencias generales, tratándose de impedir una desarticulación de la economía que pueda alcanzar un grado de perturbación social acumulada, con capacidad suficiente para dañar a la comunidad nacional tratando de procurar el bienestar general.

Están en juego intereses del trabajador como los del empleador, y si bien ninguno de ellos debe ser descuidado por las leyes, lo determinante es que, desde el ángulo constitucional el primero es sujeto de preferente tutela, habiéndose implementado además una serie de mecanismos tendientes a aliviar la situación no solo a los trabajadores sino también a los empleadores.

En consecuencia, considero que en las circunstancias en las cuales el PEN dictó las normas referidas, se encontraban reunidos los requisitos exi-

(5) CS, "Vizzoti, Carlos Alberto c/ AMSA S.A. s/ despido", 14/09/2004 (Fallos: 290:116, 118, considerando 4°).

gidos por la CN para el dictado de los mencionados DNU siendo aplicables las consideraciones formuladas por la CS para su validez constitucional.

Pero no quiero finalizar sin señalar que si bien es cierto que esta terrible pandemia que ha afectado a todo el mundo y nos ha colocado en una emergencia extrema que justificaría el dictado de las normas aludidas, no menos cierto es que nuestro país ya se encontraba en emergencia antes del arribo de la pandemia, y lo ha estado salvo algunos períodos excepcionales desde hace muchísimo tiempo.

Por lo tanto creo que dado ese punto de vista, el panorama actual en materia social, laboral y económico entre otros y el que vendrá luego de que desaparezca la pandemia, deberían comenzar a pensarse nuevas políticas y normas que además de adaptarse a la realidad que va transformándose día a día, brinden seguridad jurídica, reactiven la producción; impongan una menor presión fiscal y que realmente tiendan a conservar y crear fuentes de trabajo y a evitar ese estado de constante emergencia en el cual se encuentra inmerso el país para que desaparezca en algún momento la “necesidad” de la existencia de un estado asistencial como el que tenemos.

Ello no tendría que implicar dejar de lado los principios del derecho del trabajo sino protegerlos para que no desaparezcan por el aumento de la falta de trabajo que crece en forma permanente y evitar que el ser humano no tenga ningún mercado del cual ser dueño y señor, evitando que se frustre el sentido y validez de los derechos de aquel y del bien común como pretende la Corte en los considerandos del caso “Vizzoti”.

EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR JUBILACIÓN EN EL MARCO DEL AISLAMIENTO SOCIAL PREVENTIVO Y OBLIGATORIO (ASPO)

Por Nadia García

I. INTRODUCCIÓN

La infelizmente famosa reforma previsional dispuesta por la ley 27.426, no solo modificó la fórmula de movilidad sino también introdujo cambios en relación al contrato de trabajo y su extinción por jubilación, en este trabajo abordaremos la situación del art. 252 antes de la reforma; la compensación de servicios faltantes por exceso de edad, la intimación en regímenes diferenciales, y los casos de tutela sindical. Luego analizaremos las implicancias de la reforma, para por último introducir la problemática de la intimación formulada en el marco del ASPO.

II. LA SITUACIÓN GENERAL PREVIA A LA REFORMA

En la Argentina y por imperativo del art. 90 de la LCT la modalidad contractual que, comúnmente une al trabajador y empleador, es el contrato de trabajo por tiempo indeterminado, cuya duración teórica se prolonga hasta que el trabajador se encuentre en condiciones de jubilarse (art. 91 de la LCT).

El art. 252 de la LCT antes de la reforma mencionada establecía:

“Cuando el trabajador reuniere los requisitos necesarios para obtener alguna de las prestaciones de la ley 24.241, el empleador podrá intimarlo a que inicie los trámites pertinentes extendiéndole los certificados de servicios y demás documentación necesaria a esos fines. A partir de ese momento el empleador deberá mantener la relación de trabajo hasta que el trabajador obtenga el beneficio y por un plazo máximo de un año.

“Concedido el beneficio, o vencido dicho plazo, el contrato de trabajo quedará extinguido sin obligación para el empleador del pago de indemnizaciones por antigüedad que prevean las leyes o estatutos profesionales.

La intimación a que se refiere el primer párrafo de este artículo implicará la notificación del preaviso establecido por la presente ley o disposiciones similares contenidas en otros estatutos, cuyo plazo se considerará comprendido dentro del término durante el cual el empleador deberá mantener la relación de trabajo”.

Atento la ambigüedad de la norma, el art. 5° del dec. 679/1995 aclaró que el empleador podía hacer uso de la facultad otorgada por el art. 252 de la LCT cuando el trabajador reuniera los requisitos necesarios para acceder a la Prestación Básica Universal (PBU) salvo el supuesto previsto en el segundo párrafo del art. 19 de la ley 24.241. La norma reglamentaria, al precisar que solo podrá intimar en el caso de que se obtuvieran los requisitos para la PBU, excluyó la posibilidad del empleador de intimar al trabajador que esté en condiciones de obtener otro beneficio, por ejemplo: La Prestación por Edad Avanzada. Claramente la norma reglamentaria excedió el poder reglamentario al limitar lo dispuesto en el art. 252. Asimismo, aclaró que el empleador no podía intimar a la trabajadora a jubilarse a los 60 años.

Con relación a las mujeres, la ley 24.241 las habilita a jubilarse a los 60 años, pero les confiere la opción de continuar hasta los 65 años. No existía norma que obligue a notificar al empleador de la opción, por lo que si la trabajadora continúa trabajando superada esa edad sin iniciar el trámite jubilatorio parecería indicarla. Sin embargo, el empleador podía requerir a la trabajadora que ha cumplido los 60 años que manifieste si ejercería dicha opción, como trámite previo a la intimación. Si el empleador intimaba a la trabajadora a jubilarse al cumplir los 60 años que cuenta con 30 años de servicios, esta podía rechazar dicha intimación manifestando que se acoge a la opción del art. 19 de la ley 24.241 y recién al cumplir los 65 años el empleador podía intimar nuevamente. (CNTrab, sala VIII, “Furgado, Haydée c/ Cía. de Transporte de Energía Eléctrica de Alta Tensión Transener SA s/ cobro de salarios”, 08/05/2001, DT 2002-A, P.104, sumario).

II.1. El exceso de edad por servicios faltantes

El 3er. párr. del art. 19 de la ley 24.241 dispone al único fin de acreditar el mínimo de servicios necesario para el logro de la Prestación Básica Universal (PBU) que se podrá compensar el exceso de edad con la falta de servicios, en la proporción de dos años de edad excedentes por uno de servicios faltantes.

Al respecto, y en igual sentido que los restantes supuestos, se trata de un beneficio que la ley prevé para el trabajador que pretende obtener un beneficio de jubilación sin tener los servicios necesarios. Se trata de una situación que no puede ser opuesta por el empleador a fin de extinguir el contrato de trabajo.

En autos “Ballejos Horacio A. c/ Caja de Previsión Social de los Agentes civiles del Estado s/apelación”, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Santa Fe consideró que la Caja de Previsión Social no puede compensar oficiosamente el exceso de edad del agente con la falta de servicios mínimos requeridos, para luego intimarlo a que inicie los trámites jubilatorios.

II.2. Respecto a la intimación cuando se trata de trabajadores comprendidos en regímenes diferenciales

Se entiende por régimen diferencial aquellos que se conforman a partir de la existencia de ciertas actividades que inciden directamente en la salud del trabajador, y por ende disminuyen su capacidad física, se trata de labores determinantes de vejez y agotamiento prematuro, por lo que el legislador le otorgó un régimen jubilatorio distinto al resto de los trabajadores. Este tratamiento diferenciado consiste en atenuar los requisitos exigidos para acceder a la jubilación.

Esta situación ha planteado el interrogante sobre si el empleador comprendido en un régimen previsional diferencial, puede ejercer la facultad que confiere al empleador el art. 252 de la LCT, e intimar al trabajador a iniciar el trámite jubilatorio cuando reúna precisamente los requisitos determinados por el régimen diferencial, o por el contrario, la iniciación del trámite en ese caso es optativo para el trabajador, quien podría aguardar a cumplir los requisitos indicados por el régimen general, para iniciar el trámite mencionado y obtener la prestación previsional, esto, teniendo en cuenta que al no armonizarse estos regímenes con el cálculo del haber dispuesto por la ley 24.241 la menor cantidad de años de servicio exigidos por el régimen diferencial impactan negativamente en el cálculo de la Prestación Compensatoria (PC) y Prestación Adicional por Permanencia (PAP).

En diversas causas se discutió el tema ante acciones iniciadas por trabajadores contra la intimación de la empleadora que les requería la iniciación del trámite jubilatorio.

En autos “Burda, Alejandro Luis c. Aerolíneas Argentinas SA s/ despido” ⁽¹⁾ la Cámara coincidió con el criterio seguido por el fallo de grado en el sentido que el beneficio comprendido en la norma mencionada es un derecho o una opción en favor del trabajador (en cuanto le interese acceder al beneficio jubilatorio cumpliendo con sus requisitos), y no es una facultad que la norma le atribuye al empleador con el fin de poder obligar a sus dependientes a jubilarse en los términos de la aludida disposición.

(1) CNTrab., sala VIII, “Burda, Alejandro Luis C. Aerolíneas Argentinas SA s/ despido”, 26/4/2016, AR/JUR/25543/2019.

El dec. 4257/1968 aplicable a la actividad dispone: “Tendrá derecho a jubilación ordinaria con 30 años de servicios y 50 de edad, el personal que habitualmente realice tareas de aeronavegación con función específica a bordo de aeronaves, como piloto, copiloto, mecánico, navegante, radio operador, navegador, instructor o inspector de vuelo, o auxiliares (comisario, auxiliar de a bordo o similar) ...”. Los camaristas entendieron que al utilizar la locución “...Tendrá derecho a jubilación ordinaria...el personal que...” lo que sugiere que la norma está redactada en sentido de reconocer una opción o un derecho al “personal” (que desea acceder al beneficio jubilatorio), y no se advierte que se reconozca una facultad al empleador de disponer u obligar a jubilar a los trabajadores que se encuentran en la situación allí prevista. Si la intención del legislador hubiera sido otorgar al empleador una facultad privativa de disponer en torno a la jubilación de sus empleados, la norma debería haber sido redactada en sentido similar a la prevista en el art. 252 de la LCT, en cuanto dispone que “... cuando el trabajador reuniera los requisitos...el empleador podrá intimarlo a que inicie...”, situación que no se verifica en el caso conforme a la expresión utilizada en la redacción del citado decreto.

Por ello, el fallo entiende que la demandada no está legitimada para intimar al actor en los términos del art. 252 de la LCT, toda vez que esta facultad puede ser ejercida cuando el trabajador está en condiciones de acceder al beneficio previsto en la ley 24.241 (ver 1er. párr. de la mentada norma) y, en la especie, no se encuentra acreditado que Burda (el trabajador) al momento de la intimación estuviera en condiciones de acceder a tales beneficios. Este fallo se condice con fallos anteriores de la Cámara, por ejemplo: “De San Félix, Hugo c/ Aerolíneas Argentinas SA s/ acción ordinaria de inconstitucionalidad” ⁽²⁾, donde consideró que la norma es constitutiva de una opción de beneficio para los dependientes. Dispuso que la interpretación de las normas que establecen un régimen diferenciado debe efectuarse de modo positivo y siempre favorable a los intereses del dependiente, en virtud de la tesitura normativa de la disciplina del derecho del trabajo, plasmada no solo en la favorable interpretación a que alude el art. 9° de la LCT, sino también en el principio de continuidad referido en el art. 10 de la misma ley, que exige resolver la cuestión a favor de la subsistencia del vínculo. La resolución ordenó a la empresa a abstenerse de formular intimaciones en los términos del art. 252 de la LCT, fundándose en el art. 3 del dec. 4257/1968, hasta tanto el trabajador no alcance la edad de 65 años prevista por el régimen general de jubilaciones de la ley 24.241. En otros pronunciamientos, para decidir en igual sentido, la Cámara puso hincapié en que el trabajador es el sujeto que goza de preferente tutela y que el principio protectorio del art. 14 bis, contie-

(2) CNTrab., sala IX, “De San Felix, Hugo c/ Aerolíneas Argentinas SA s/ acción ordinaria de inconstitucionalidad”, 06/06/2011, DT 2011, p. 2408.

ne reglas de aplicación entre ellas, por lo que ante el confornte de normas la regla de la selección de la norma más favorable ⁽³⁾.

Sin embargo existe un precedente anterior a los citados que expuso un criterio diferente al entender que el art. 252 de la LCT regla de modo expreso una facultad del empleador de extinguir el vínculo cuando el trabajador se encuentre en condiciones de acceder a un beneficio previsional, y consideró que la capacidad del trabajador se encuentra limitada a optar entre jubilarse en los términos del régimen especial — independientemente de la conducta del empleador — o en los términos del régimen general, siempre que con anterioridad el empleador no ejerciera su facultad extintiva en sentido contrario ⁽⁴⁾.

III. LA REFORMA DEL ART. 252 DE LA LCT

La reforma Previsional sin modificar los términos del art. 19 de la ley 24.241 modifica la facultad del empleador de intimar al trabajador a iniciar el trámite de jubilación.

El nuevo texto eleva significativamente la edad que debe tener el trabajador para la eficacia de la intimación. Este desplazamiento de la edad está acompañado con el requerimiento de los años de servicios con aportes que permitan al trabajador obtener la PBU.

El nuevo texto del art. 252 de la LCT expresa:

“A partir de que el trabajador cumpla setenta años de edad y reúna los requisitos necesarios para acceder a la Prestación Básica Universal (PBU) establecida en el art. 17, inc. a. de la ley 24.241 y sus modificaciones, el empleador podrá intimarlo a que inicie los trámites pertinentes, extendiéndole los certificados de servicios y demás documentación necesaria a esos fines. A partir de ese momento, el empleador deberá mantener la relación de trabajo hasta que el trabajador obtenga el beneficio y por un plazo máximo de un año.

“Lo dispuesto en el párrafo precedente no afecta el derecho del trabajador de solicitar el beneficio previsional con anterioridad al cumplimiento de los setenta años de edad.

“Concedido el beneficio o vencido dicho plazo, el contrato de trabajo quedará extinguido sin obligación para el empleador del pago de la indemnización por antigüedad que prevean las leyes o estatutos profesionales.

(3) CNTrab., sala VI, “Ruiz, Daniel Horacio c/ Aerolíneas Argentinas s/ restablecimiento de condiciones laborales”, 11/11/11.

(4) CNTrab., sala III, “Garabello, Pedro c/ Aerolíneas Argentinas SA”, 23/5/2000, DT 2000-B, p. 2351.

“La intimación a que se refiere el primer párrafo de este artículo implicará la notificación del preaviso establecido por la presente ley o disposiciones similares contenidas en otros estatutos, cuyo plazo se considerará comprendido dentro del término durante el cual el empleador deberá mantener la relación de trabajo”.

La reforma implica una modificación al criterio de duración teórica del contrato de trabajo por tiempo indeterminado. El art. 91 de la LCT establece que el contrato dura hasta que el trabajador se encuentre en condiciones de gozar de los beneficios que le asignen los regímenes de seguridad social, en armonía con este criterio la ley autorizaba al empleador a extinguir el contrato ante dicha situación, es decir cuando el trabajador se encuentre en condiciones de obtener una de las prestaciones de la ley 24.241, vimos que el decreto reglamentario restringió esa facultad únicamente al supuesto de la PBU. En este orden de ideas el nuevo art. 252 restringe la facultad del empleador, que solo podrá intimar cuando el trabajador cumpla 70 años de edad y reúna 30 años de servicios. La edad es aplicable a hombres y mujeres.

Al elevar la edad a 70 años, el requisito relativo a años de servicios con aportes se ve atenuada, pues al haber un exceso de edad respecto de la edad requerida para jubilarse serán exigidos menos años de servicios con aportes. Serán 27 años y medio en el caso de los hombres y 25 años en el caso de mujeres, pues como señalamos el art. 19 contempla la posibilidad de compensar el exceso de edad con servicios faltantes a razón de 2 años de exceso por uno de servicios faltantes, sin embargo, esta situación no puede ser opuesta por el empleador al menos, en nuestra opinión.

III.1. Ejercicio de la facultad prevista el art. 252

El dec. 110/2018 reglamenta las disposiciones de la ley 27.426 y dispone que el empleador que pretenda hacer uso de la facultad establecida por el art. 252 de la LCT requerirá la información necesaria de la ANSeS a fin de constatar el derecho que le asiste al trabajador para obtener la PBU, conforme lo establecido por la ley 24.241.

El decreto deja claro que no se trata de una facultad conferida al empleador sin restricciones, por el contrario, pone en cabeza del empleador constatar el derecho que le asiste al trabajador en forma previa a la intimación.

La citada administración deberá instrumentar un mecanismo expedito para brindar la información mencionada a los empleadores. La duda al respecto radica sobre si la información que brindará la ANSeS se limitará a indicar la cantidad de años de servicios con aportes o indicará en los términos de la reglamentación acerca de la posibilidad del trabajador de

acceder a la PBU haciendo, para ello, uso de la compensación de servicios por exceso de edad en flagrante perjuicio del trabajador que verá disminuida su jubilación debido al cómputo de menor cantidad de años para la PC y la PAP.

La reforma en análisis mantiene los efectos de la intimación, pues al respecto no varía la redacción de la norma anterior: “Concedido el beneficio o vencido dicho plazo (se refiere al plazo de un año), el contrato quedará extinguido sin obligación para el empleador del pago de la indemnización por antigüedad que prevean las leyes o estatutos profesionales”, agrega que la intimación referida “...implicará la notificación del preaviso establecido por la presente ley o disposiciones similares contenidas en otros estatutos, cuyo plazo se considerará comprendido dentro del término durante el cual el empleador deberá mantener la relación de trabajo”.

III.2. Exención parcial de contribuciones

El art. 8° de la ley 27.426, dispone una exención parcial de contribuciones del empleador a partir de que el trabajador reúna los requisitos necesarios para acceder a la PBU. En este supuesto el empleador deberá ingresar los aportes del trabajador y respecto de las contribuciones patronales, solamente las destinadas al Régimen Nacional de Obras Sociales y las cuotas del Régimen de Riesgos del Trabajo. Como consecuencia el empleador no ingresará por ese trabajador, las restantes contribuciones de seguridad social.

La norma requiere que haya alguna forma de verificar el cumplimiento de los requisitos para acceder a la PBU. El empleador conoce la edad del trabajador, pero, salvo que haya trabajado 30 años para un mismo empleador, desconoce la cantidad de servicios con aportes que posee. Ante esta necesidad, el decreto faculta a la Secretaría de la Seguridad Social a establecer normas aclaratorias para dar cumplimiento a lo dispuesto en el art. 8° de la ley 27.426. También faculta a la ANSES y a la AFIP a establecer, en el ámbito de sus competencias, las normas operativas para efectivizar el acceso del empleador al beneficio previsto por la norma.

La exención bajo análisis plantea algunos interrogantes: el primero, relativo al objetivo de la exención en un sistema desfinanciado; y el segundo respecto del momento en que dicha exención resulta operativa. Es necesario que las normas reglamentarias aclaren que el derecho a la PBU se considerará cuando el trabajador/trabajadora tenga 65 años de edad y reúna 30 años de servicios. También es necesario que se resuelva el derecho a las asignaciones de los trabajadores en esta situación.

III.3. La intimación a jubilarse en el marco del aislamiento social preventivo y obligatorio

En el marco del dec. 110/2018 queda claro que la intimación a jubilarse por parte del empleador no puede ser realizada sin requerir previamente a la ANSeS la información que constata el derecho del trabajador a la PBU.

Suponiendo que el empleador efectuó dicho requerimiento y le consta el derecho que le asiste al trabajador conforme el art. 252 de la LCT, debió remitir al trabajador toda la documentación necesaria y entonces, el plazo previsto en el art. 252 de la LCT comenzará a regir recién —en el supuesto que el trabajador no obtenga el beneficio antes de su vencimiento— desde la fecha en que la empleadora del actor entregó a este la documentación hábil y completa exigida por la ley para la tramitación del beneficio ⁽⁵⁾.

Es decir, que la intimación es correcta y comienza a computar el plazo previsto en el artículo cuando el empleador efectuó las dos actividades mencionadas.

No obstante, el dec. 297/2020 dispuso el aislamiento social preventivo y obligatorio (ASPO) y provocó que la Administración Nacional de la Seguridad Social permanezca cerrada.

La dec. administrativa 810/2020 amplía el listado de actividades y servicios exceptuados del ASPO a los trabajadores de la ANSeS, mediante res. ANSeS 99/2020 se declararon algunos servicios como críticos, esenciales e indispensables para su funcionamiento y la res. ANSeS 192/2020 amplía los trámites con atención virtual, entre ellos, de jubilaciones.

Sin embargo, lo cierto es que desde el 20/03/2020 las oficinas de la ANSeS permanecen cerradas en casi todo el país y los trámites virtuales no permiten el inicio de jubilaciones, sino solo un asesoramiento previsional.

Por esta razón las intimaciones a jubilarse enviadas desde el 20/03/2020, ¿cuándo resultan operativas, y, por consiguiente, inician el cómputo de los plazos previstos en el artículo 252 de la LCT? Entendemos que lo primero que hay que analizar es si la intimación cursada cumple con los requisitos impuestos al empleador para el ejercicio de la facultad conferida.

Es necesario determinar si el empleador requirió a la ANSeS la información relativa al trabajador y a su derecho a la PBU. Luego determinar si efectivamente el trabajador reúne los requisitos y por último si el empleador entregó la documentación hábil y suficiente para iniciar los trámites.

(5) CNTrab., sala V, "Giarrizzo, Osvaldo Carlos c/ Asociación del Fútbol Argentino", 22/4/2010, AR/JUR/17071/2010; CNTrab., sala IX, "Torre, Víctor Luján c/ Empresa de Transportes Don Pedro SRL", 15/07/2010, AR/JUR/42754/2010.

Si todas las cuestiones tienen respuesta afirmativa, nos queda resolver si cumple el deber de buena fe previsto en el art. 63 de la LCT una intimación cursada en el marco del ASPO, cuando resulta una realidad fáctica la imposibilidad de iniciar los trámites mencionados. Se trata, de una intimación de cumplimiento imposible cuyas consecuencias negativas no pueden, y no deben, ser soportadas por el trabajador.

Como resultado consideramos que la intimación no puede comenzar su plazo sino hasta culminadas las medidas de aislamiento que afectan el funcionamiento normal del organismo previsional.

IV. CONCLUSIONES

Evaluando la reforma desde distintos puntos de vista, la posibilidad de continuar el contrato de trabajo en un sistema previsional cuya tasa de sustitución ronda el 50%, podría ser considerado un aspecto positivo para el trabajador, sin embargo, en el marco del dec. 110/2018, la exención impositiva parcial dispuesta a favor del empleador, podría determinar, como hemos visto, la falta de acceso del trabajador al régimen de asignaciones familiares. Si evaluamos la reforma desde el punto de vista del empleador retrasar la facultad de extinguir por jubilación no parece beneficiarlos, pero esto fue acompañado de la posibilidad de acceder a una exención impositiva parcial de las contribuciones a su cargo, e incluso de la posibilidad de extinguir el contrato si el trabajador hubiera accedido a la Pensión Universal al Adulto Mayor (PUAM), si a esto sumamos al derecho a la información que pormenorizadamente establece el dec. 110/2018 a su favor, nos lleva a pensar que el sujeto de preferente tutela resulta ser el empleador y no el trabajador.

En cuanto al Sistema Previsional, claramente no resultó beneficiado, toda vez que la exención impositiva de cualquier tipo termina siempre por afectar las arcas de un sistema cada vez más castigado y con menos recursos.

Por último, queda evaluar el impacto que provoca en el mercado de laboral. Mantener trabajadores en condiciones de jubilarse con una tasa de desempleo en ascenso, donde los más perjudicados son los jóvenes, no se muestra como una buena política pública. El retraso en la liberación de puestos de trabajo, afecta a aquel sector excluido, sin trabajo y sin posibilidades de acceder a los beneficios de la seguridad social.

Como consecuencia, al primer interrogante planteado, la respuesta es solo una. La reforma no benefició a nadie.

EL CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO: TELETRABAJO

Por Luis Andrés Pietrani

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Si tuviéramos que elegir, en el entramado de ramas en que suele dividirse el derecho, no nos resultaría muy difícil escoger al derecho del trabajo como aquella más apta y de frondosa experiencia para hacer frente a los grandes desafíos que se van dando en el desarrollo de la Humanidad. No asombra lo que al fin y al cabo está en su misma génesis. En efecto, si ubicamos a la modalidad del trabajo que nace con la Revolución Industrial del siglo XVIII, con sus nuevas técnicas de producción, como piedra basal de lo que luego llamaremos, mucho más adelante en el tiempo, derecho del trabajo reafirmamos lo expuesto.

Podemos ver desfilan en el tiempo las distintas etapas que se fueron dando, apreciadas, según las normas reguladoras del trabajo dependiente.

Una primera etapa, del trabajo como mercancía, signada por la vigencia irrestricta de la autonomía de la voluntad en el viejo arrendamiento de servicios. La realidad se encargó de mostrar que la justicia brillaba por su ausencia.

Le siguió una segunda etapa marcada por la necesaria intervención estatal plasmada a partir de legislación que fuera marcando límites precisos a esa libre autonomía de la voluntad. Ello marcó un punto central en lo que luego se conocería como orden público laboral. A ello le sobrevino una tercera etapa, luego del necesario reconocimiento a las organizaciones sindicales como instituciones y a la gestión sindical como su fundamento, con la aparición insoslayable de la negociación colectiva. En suma, intervención estatal, fundamentalmente, aunque no exclusivamente, a partir de la legislación sumando a ello la autonomía de los sujetos colectivos en el plano negocial fueron y son instrumentos aptos e idóneos para cualquier desafío que se presente.

Se suele escuchar la frase de derecho del trabajo del futuro asociada a esta revolución tecnológica de estos tiempos y su regulación con relación al trabajo humano. En verdad no hay derecho del trabajo del futuro en contraposición con un derecho del trabajo del pasado. Hay simplemente nuevas realidades como lo es la revolución tecnológica que debe ser regulada. Que como toda rea-

lidad podrá gustar más o podrá gustar menos, pero, como realidad que avanza en forma arrolladora, hay una sola cosa que no se puede hacer y es ignorarla.

Mirando nuestra propia historia, en lo que a derecho del trabajo se refiere, podemos mencionar claros ejemplos de legislación de avanzada y casi pionera en muchos aspectos al menos por estos lados del planeta. Sobran ejemplos.

Así rememoro la ya derogada ley 9688 del año 1915 de accidentes y enfermedades del trabajo que rigió más de 75 años, aún con las diversas modificaciones que tuvo, en el firmamento laboral. La ley 11.544 del año 1929 sobre jornada de trabajo, aún vigente, de una protección mayor que el previsto por el Convenio de la OIT Número 1 de Washington. La ley 11.729 del año 1933 dando a luz, con la incorporación al viejo Código de Comercio de siete artículos, una suerte de ley general del trabajo que constituyeron el ilustre antecedente de nuestra actual Ley de Contrato de Trabajo. Cuando estos artículos fueron quedando insuficientes para las particularidades de ciertas actividades laborales se fueron gestando una serie de estatutos profesionales que fueron contemplando esas realidades específicas. Ello fue de tal magnitud que generó la llamada “explosión estatutaria” solo calmada por el predicamento que empezó a tener el reconocimiento de la autonomía negocial colectiva con la ley 14.250. Todo esto lo reseño en memoria de las generaciones que nos precedieron y su previsor contacto con la realidad que implicó reflejos suficientes para acompañar la fuerza de los hechos y no ir detrás de ellos.

Lamentablemente, en todo lo que a trabajo a distancia se refiere, y en especial el teletrabajo, nos encontró sin legislación general específica al tiempo del aislamiento social obligatorio con motivo de la pandemia del COVID-19. Esta situación hizo apreciar la anomia. No obstante, no debemos dramatizar. Peor que la ausencia legal es sentarse a lamentarla.

II. EL CONTRATO DE TRABAJO

El medio en virtud del cual se anudan las voluntades del sujeto empleador y el sujeto trabajador es la figura contractual. El contrato de trabajo es, aunque suene tautológico, un contrato. Es decir, conforme los lineamientos del art. 957 del Cód. Civ. y Com. es un acto jurídico, y en el caso concreto que nos ocupa, mediante el cual dos partes manifiestan su consentimiento para crear una relación jurídica patrimonial. Que ese consentimiento, que constituye un presupuesto y elemento esencial, se encuentre severamente limitado no le quita su carácter de contrato. Es simplemente un contrato especial con libertad de negociación justificadamente acotada. No olvidemos que nuestra ley laboral fundamental se llama Ley de Contrato de Trabajo y define a nuestra figura. En su art. 21 lo define: “Habrà contrato de trabajo, cualquiera sea su forma o denominación, cuando una persona física se obligue a realizar actos, ejecutar obras o prestar servicios a favor de la otra y bajo

la dependencia de esta, durante un período determinado o indeterminado de tiempo mediante el pago de una remuneración...”. La definición plasmada en la norma adolece de algunas imperfecciones (el trabajador se obliga a ponerse a disposición del empleador no a su consecuencia de realizar actos, ejecutar obras o prestar servicios) pero nos aproxima a ella. La doctrina esbozó muchas definiciones. Enseñaba Krotoschin: “[H]ay contrato de trabajo siempre que una persona física (trabajador) entre voluntariamente y en relación de dependencia con otra (empleador), poniendo a disposición de esta su capacidad de trabajo con fines de colaboración, y la otra se compromete a pagar una remuneración y a cuidar que el trabajador no sufra perjuicio, material o moral, a causa de su estado de dependencia incluso en cuanto al desarrollo de su personalidad”⁽¹⁾. Este contrato de trabajo que anuda las voluntades de los contratantes está reglamentado, no exclusivamente, pero si fundamentalmente, por la Ley de Contrato de Trabajo. En sus disposiciones están presentes los principales institutos del derecho individual del trabajo. Así entre otros grandes temas destacamos: la jornada, los descansos, la remuneración, las licencias, sus modalidades, disposiciones específicas para mujeres y menores, las suspensiones, su extinción.

Si hablamos de un tema específico y novedoso, como es el teletrabajo, importa hablar sobre una modalidad del contrato de trabajo.

III. EL TELETRABAJO

Generalmente se entiende como teletrabajo a la actividad laboral que se presta en un lugar distinto al domicilio o sede de la empresa, y en la que el trabajador dispone de herramientas más o menos sofisticadas de carácter informático y de telecomunicaciones para contactarse con su empleador.

Se utilizan como equivalentes las denominaciones de trabajo a distancia y teletrabajo. Creemos que el primero sería el género mientras que este último una especie, una manera más sofisticada del trabajo a distancia. Implica labores desarrolladas en forma remota, lo cual supone el empleo de las TIC o sea las Tecnologías de Información y Comunicaciones. Estas son un grupo diverso de prácticas, conocimientos y herramientas, vinculados con el consumo y la transmisión de la información y desarrollados a partir del cambio tecnológico de estos tiempos, sobre todo y en especial a partir de internet.

De lo expuesto podemos destacar dos elementos típicos sobre este tema. El lugar de desarrollo de las tareas laborales distinto a la versión tradicional y utilización de las TIC. Ello nos ubica en el teletrabajo. Un sistema que requerirá el aporte imprescindible de la internet y de hardware y los *software*

(1) KROTOSCHIN, Ernesto, “Tratado Práctico de Derecho del Trabajo”, Ediciones Depalma, t. I, p. 171.

que permiten trabajar desde el domicilio del trabajador y, en su caso, de disponerse de un dispositivo u ordenador personal, hacerlo desde cualquier sitio que posea una conexión a la red.

La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en la 83ª reunión celebrada en Ginebra dictó el 20/06/1996 el Convenio Internacional número 177 relativo al trabajo a domicilio. El citado convenio fue ratificado por nuestro país por ley 25.800 de fecha 05/11/2003. El citado Convenio Internacional en su art. 1º caracteriza el trabajo a domicilio señalando: "A los efectos del presente Convenio: (a) la expresión trabajo a domicilio significa el trabajo que una persona, designada como trabajador a domicilio, realiza: (i) en su domicilio o en otros locales que escoja, distintos de los locales de trabajo del empleador; (ii) a cambio de una remuneración; (iii) con el fin de elaborar un producto o prestar un servicio conforme a las especificaciones del empleador, independientemente de quién proporcione el equipo, los materiales u otros elementos utilizados para ello, a menos que esa persona tenga el grado de autonomía y de independencia económica necesario para ser considerada como trabajador independiente en virtud de la legislación nacional o de decisiones judiciales..."

Consecuentemente un trabajo a domicilio con ribetes más sofisticados a partir del teletrabajo que no se agota en un tema geográfico de ámbito laboral, sino que implica el desarrollo de la informática, las telecomunicaciones y la estructura en red que conlleva cambios en la organización de la empresa, en cuanto a su planificación, del desarrollo del trabajo y los consecuentes cambios en las relaciones contractuales de empleador y trabajador.

Ese trabajo podrá desarrollarse en forma permanente mediante el uso de dispositivos móviles que le permite al dependiente manejarse en sus labores con altos grados de libertad de aquellos que lo hacen alternadamente con la concurrencia a los lugares habituales de trabajo. Claramente que cualquier norma que se dicte al respecto y que pretenda ciertos visos de durabilidad tendrá que equilibrar los beneficios y la cadena de cambios y costos. Beneficios que, supuestamente, traería aparejado este especial tipo de tareas simbolizados, entre otras cuestiones, en: una mejor o al menos distinta utilización del tiempo, ahorro en costos de viáticos que genera el traslado al lugar de trabajo, menor flujo del transporte en los centros urbanos atestados estos con sus consecuencias de polución ambiental.

Pero no se podrá prescindir del análisis de ciertos temas que podría ofrecer la cuestión ciertamente complicados en su previsión. A modo de ejemplos podríamos citar los costos (que no son pocos) de esa forma de prestación laboral, sea en herramientas de trabajo, servicios para hacerlas funcionar y en la capacitación del personal; la modalidad debe asegurar el respeto irrestricto a la jornada de trabajo y sus descansos. Que esta modali-

dad no conlleve regresiones en sus límites y protección. Para ello el derecho a la desconexión adquiere singular trascendencia; el ejercicio, diferente al tradicional, del poder de dirección del empleador que no invada el derecho a la intimidad del trabajador atento a desarrollarse en su vivienda personal, la necesaria cobertura y participación sindical de los teletrabajadores.

Podríamos seguir enumerando temas a considerar. La reglamentación de estos temas no es solo una ley que la regule expresamente. La ley madre del tema debe ser un marco a partir del cual la negociación colectiva tendrá vital importancia en las particularidades de cada actividad. Y además el contrato individual de trabajo, en cuanto fuente reconocida por la LCT. en su art. 1º, si bien acotada la libre voluntad por las reglas de juego derivadas de las fuentes legales y convencionales colectivas.

IV. EL CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO Y EL TELETRABAJO

En los puntos precedentes hicimos una aproximación a los conceptos del contrato individual de trabajo y el teletrabajo. Veremos a continuación la incidencia de este último en aquel. Es decir los aspectos principales sobre esta modalidad de trabajo y cotejándolos con la ley argentina sobre la materia. El proyecto de esta ley fue aprobado por abrumadora mayoría en la Cámara de Diputados y el Senado, en carácter de Cámara revisora, lo aprobó sin producirle modificaciones. Consecuentemente el Honorable Congreso de la Nación convirtió con fecha del 30/07/2020 dicho proyecto en ley que lleva el número 27.555. Esta fue promulgada por el Poder Ejecutivo Nacional mediante dec. 673/2020, de fecha 13/08/2020 y fue publicada en el BO del 14/08/2020. El decreto del Poder Ejecutivo Nacional 27/2021, de fecha 19/01/2021, reglamentó la ley y la res. 54/2021, de fecha 03/02/2021 del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social fijó que la entrada en vigencia de la ley 27.555 sería el 01/04/2021.

En su art. 1º de la ley 27.555 marca lo que ya habíamos señalado en cuanto al carácter marco de cualquier norma al respecto, fijando que su objetivo es establecer los presupuestos legales mínimos para la regulación de la modalidad de Teletrabajo en aquellas actividades, que, por su naturaleza y particulares características, lo permitan. A su vez encomienda a los actores sociales, a partir de ese maravilloso instrumento que es la convención colectiva de trabajo, a que legislen en función de las particularidades de cada actividad es decir adecuando al teletrabajo al ámbito de validez personal, temporal y geográfico en que cada acuerdo colectivo rija. El dec. regl. 27/2021 va a señalar que no será de aplicación la presente ley en aquellos casos donde el trabajo se realice en establecimientos, dependencias o sucursales de clientes del empleador que se presten en forma continuada y regular o en aquellos supuestos que la labor de teletrabajo se desarrolle en el domicilio del trabajador en forma esporádica y ocasional a pedido de éste o por alguna circunstancia excepcional.

Seguidamente art. 2 de la ley 27.555 prevé la incorporación de un nuevo artículo a la LCT. Y, tal cual señalamos, al tratarse de una modalidad debe ubicarse dentro del título III de dicho cuerpo normativo que legisla sobre las modalidades del contrato de trabajo. Bajo este rótulo desde el art. 90 al 102 de la LCT nos marca el camino sobre las particularidades que ofrecen ciertos contratos. Reafirma la vigencia de la indeterminación del plazo como regla indiscutible del contrato de trabajo para luego legislar sobre modalidades excepcionales en el que el vínculo laboral es de tiempo determinado, concretamente el contrato a plazo fijo y el contrato eventual. Asimismo, regula aquellos casos en el que, aun siendo un contrato de plazo indeterminado, la particularidad deriva ya sea de la extensión de la jornada (contrato de trabajo a tiempo parcial) o en el que el vínculo se caracteriza por tener prestaciones discontinuas (contrato de temporada). Completa el título III la modalidad del contrato de grupo o por equipo que se caracteriza por cuanto el sujeto trabajador lo constituye un agrupamiento de personas. Ese nuevo artículo a este título de la LCT llevaría el número 102 bis definiendo al teletrabajo en cuanto a que “habrá contrato de Teletrabajo cuando la realización de actos, ejecución de obras o prestación de servicios, en los términos de los arts. 21 y 22 de esta ley, sea efectuada total o parcialmente en el domicilio de la trabajadora y del trabajador, o en lugares distintos al establecimiento o los establecimientos del empleador, mediante la utilización de tecnologías de la información y comunicación...”.

La norma concluye marcando la importancia de la negociación colectiva, de la cual saldrán las regulaciones específicas de cada actividad, rematando la disposición en cuanto al respeto al orden público que la ley establece al cual le agregamos, obviamente el orden público laboral.

El contrato de trabajo es fuente de derechos y obligaciones de las partes contratantes. El capítulo VII del título II de la LCT, en un considerable número de artículos, enumera los principales derechos y deberes enmarcados todos ellos en la regla de oro de los contratos que es la buena fe contractual. Dicho plexo normativo nacido del contrato merecerá adecuación en cuanto a su contenido a partir de la modalidad especial que supone el teletrabajo. Por ello que el la ley en su art. 3° reafirma que de todos ellos gozarán de igual forma los teletrabajadores. Dicha modalidad de trabajar no los excluye de estos y, por si acaso hubiere distraídos, reafirma el principio de igual remuneración por trabajo de igual valor. Claramente nunca podrá el teletrabajador percibir una remuneración inferior a la que percibía o percibiría como trabajador presencial.

Los art. 4° y 5° de la ley 27.555 hacen referencia a la jornada laboral. Creo que no hace falta mencionar la trascendencia que tiene el instituto. La jornada de trabajo es fundacional para esta especial rama del derecho. No por casualidad los convencionales del 57 ubicaron en el art. 14 bis la cláusula programática de jornada limitada en primerísimo lugar solo precedida de la cláusula genérica de condiciones dignas y equitativas de labor. Jornada li-

mitada y la siguiente cláusula constitucional de descanso y vacaciones pagados marcan institutos íntimamente relacionados que importan derechos fundamentales del trabajador cuyo desconocimiento nos remontan a tiempos oscuros del trabajo humano. La norma pretende que esta modalidad de teletrabajo no implique regresión sobre dichos temas. Que la modernidad no implique ir *in pejus* del dependiente. Atento la particularidad del teletrabajo el proyecto requiere se consagre en forma escrita la duración de la jornada de trabajo, instaurando el derecho a la desconexión digital fuera de esta y claramente durante los períodos de licencias. Aclara que el trabajador no podrá ser sancionado por hacer uso de este derecho a la desconexión. Los *softwares* deben estar preparados para su desconexión fuera de jornada. Me parece de suma importancia estas disposiciones a fin de evitar que bajo el disfraz del modernismo y las bondades (reales y/o aparentes) del trabajo remoto sea conducto para hacer nacer los esclavos del siglo XXI. El teletrabajo no es cine continuado. Es simplemente una modalidad contractual distinta a la tradicional que es la presencial. Que además, el cambio de la modalidad presencial a la modalidad de teletrabajo, es voluntaria por parte del trabajador, como expresamente consagra el art. 7° de la ley y manifestada por escrito.

El art. 6° de la ley 27.555, bajo el sumario de tareas de cuidados, prevé algunas situaciones especiales que tenga el dependiente y que como tales merezcan una particular solución. El presente es un punto de discusión entre las partes involucradas en el campo de las relaciones laborales. Son situaciones específicas que deberán ser atendidas y cuyo desconocimiento u obstaculización puede ser caracterizadas como acto discriminatorio y dar lugar a la aplicación de la ley 23.592, la que en su art. 1° prevé que el damnificado podrá requerir judicialmente se deje sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar los daños moral y material ocasionados. Así el cuidado de personas menores de 13 años, o con discapacidad o adultas mayores que requieran asistencia específica darán derecho a fijar horarios compatibles con las tareas de cuidado a su cargo y/o a interrumpir la jornada. La negociación colectiva podrá establecer pautas específicas para el ejercicio de este derecho.

El art. 8° de la ley 27.555 en análisis contempla, tal vez, uno de los aspectos más controvertidos del tema del teletrabajo. Instaura el derecho del trabajador a la reversibilidad y genera posiciones encontradas. El sector empresarial rechaza la posición sustentada por la norma por considerar que habiendo elegido voluntaria y libremente el trabajador la opción del cambio de la modalidad presencial al de la modalidad del teletrabajo lo que implica la generación de una serie de gastos para el empleador en cuanto a la capacitación del personal, la instalación de sistemas, reducción de oficinas y demás, retrotraer la situación, y sin justa causa alguna, a un sistema presencial perjudicaría notablemente los intereses de la empresa en cuanto gastos y afectaría toda previsibilidad del trabajo. Del sector sindical señalan que sería un derecho de ejercicio casi excepcional y que no traería

conflictividad si se reglamenta debidamente en la negociación colectiva. La norma remata que la negativa del empleador dará derecho a la persona que trabaja bajo esta modalidad a considerarse en situación de despido o accionar para el restablecimiento de las condiciones oportunamente modificadas. La reglamentación del dec. 27/2021 sobre el tema en análisis en su artículo 8 enmarca tanto el ejercicio del derecho a la reversibilidad como el cumplimiento de las obligaciones resultantes del mismo dentro de los art. 9° y 10° del Cód. Civ. y Com. de la Nación como los arts. 62 y 63 de la LCT, es decir, como ya remarcamos, impregnados por la buena fe, evitar toda forma de ejercicio abusivo de derecho y los comportamientos propios de un buen trabajador y un buen empleador.

Una regulación sobre teletrabajo no puede obviar el tema de las nuevas herramientas que implica esta modalidad. Su provisión tanto del hardware como del *software* es decir, sus costos, los gastos que demandan el sistema, las roturas, sus reparaciones o reemplazos. Pero no se agota en eso solamente sino también qué sucede con ese tiempo que demande su reparación, o reinstalación. La obligación principal, ya lo hemos señalado, del trabajador es poner su fuerza de trabajo a disposición del empleador. Si da cumplimiento a ello lo demás es riesgo empresario. No puede verse afectada, en modo alguno, la percepción de su remuneración habitual.

Los gastos que genera esta modalidad de trabajo, de los que hablábamos más arriba, son a cargo del empleador. De este modo, a su cargo, las eventuales compensaciones por los gastos en que incurriere el trabajador, sea en energía eléctrica, gastos de conectividad y/o provisión de los servicios. Es una directiva general que reconoce su origen en el art. 76 de la LCT derivado del deber de seguridad que, a su vez, reconoce su fuente en el principio de indemnidad. La trascendencia que tiene dicho principio en el derecho del Trabajo como consecuencia de la ajenidad en los frutos del trabajador. Se señala: “La ajenidad del riesgo y la indemnidad no solo responden a la ecuación económica ínsita en el contrato, sino que traducen la centralidad de la persona humana, y en tanto ponen especial énfasis en el contrato de trabajo, inspiran a numerosas normas protectoras, lo que, en mi opinión, justifica que se los califique como principios o reglas de aplicación del principio protectorio”⁽²⁾. El dec. regl. 27/1021, en sus arts. 9° y 10, nos advierten que tanto la provisión de los elementos de trabajo como la compensación de gastos, aún sin comprobantes, en ningún caso se considerara remuneratoria del mismo modo que se impide la posibilidad que integren dichos conceptos la base retributiva para cómputo de rubros emergentes del contrato de trabajo ni de contribuciones laborales o secuales.

Esta modalidad de trabajo al ser novedosa y como tal generar inconvenientes en su utilización, en especial para las generaciones que no son digitales, requie-

(2) FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos, “Tratado Práctico de Derecho del Trabajo”, La Ley, t. I, p. 285.

ren de capacitación. Se obliga al empleador brindar los cursos de capacitación adecuados y que se materialicen dentro de la jornada de trabajo y no fuera de ella.

La ley 27.555 también remarca sobre el goce pleno de los trabajadores que desarrollan sus tareas bajo la modalidad de teletrabajo de todos los derechos colectivos.

Tampoco puede faltar en una ley sobre teletrabajo la referencia sobre la higiene y seguridad del trabajo con la particularidad que implica que el lugar de trabajo sea el domicilio del trabajador cuidando que su inspección no viole su privacidad. Asimismo, y en cuanto a la cobertura por los riesgos de trabajo La ley deriva a la autoridad de aplicación la inclusión de las enfermedades causadas por esta modalidad laboral dentro del listado de enfermedades previstas en el art. 6°, inc. 2° de la ley 24.557. Asimismo, y con relación a los accidentes acaecidos en el lugar, jornada y en ocasión del teletrabajo, se presumen accidentes en los términos del art. 6°, inc. 1° de la ley 24.557 de riesgos de trabajo.

La particularidad del teletrabajo hace necesario la salvaguarda de la privacidad del empleado y su vivienda consagrando el respeto al derecho a su intimidad. La norma lo prevé en concordancia con lo dispuesto por los arts. 70 a 72 de la LCT, adecuados estos al teletrabajo. La protección de los bienes y de las informaciones de propiedad del empleador no puede violentar la intimidad del trabajador. Refuerza dicha postura protectoria imposibilitando hacer uso de software de vigilancia que la violen su intimidad y la privacidad de su vivienda.

Con relación a las prestaciones transnacionales, la ley 27.555 resalta que en estos casos se aplicará la ley del lugar de ejecución de las tareas o la ley del domicilio del empleador según cual fuere más favorable al trabajador. Por otra parte, también prevé, que en caso de contratación de trabajadores extranjeros no residentes en el país requiere la autorización previa de la autoridad de aplicación y delegando a la negociación colectiva la fijación de topes máximos a dichas contrataciones.

La ley fija, en su art. 18, como Autoridad de aplicación de la misma al Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación

V. CONSIDERACIONES

Hemos tratado de acercar en estas líneas alguna aproximación al tema del teletrabajo y su incidencia en el derecho del trabajo y en particular en el contrato individual de trabajo. Claramente una situación novedosa que, como tal, requiere su regulación que se irá perfeccionando con el tiempo.

Se ha señalado: "Si es que hay un factor particular que explique la singularidad del hombre, es el siguiente: él y solo él, tiene cultura. De esta surgen todas las otras diferencias. Su inteligencia se multiplica por mil gracias

a la posesión de cultura. Abarca todos los modos de pensamiento y conducta transmitidos por la interacción comunicativa es decir por la trasmisión simbólica antes que por la herencia genética. Es lo que aprendemos de otro por medio de la palabra, el gesto y el ejemplo en contraposición a lo que adquirimos por herencia. La posesión de la cultura no solo torna singular al Hombre sino también, a su sociedad” (3).

Un nuevo desafío el que hemos tratado que tiene sus defensores y sus detractores. Invaden las dudas, las inquietudes, los temores y fundamentalmente la desconfianza ante lo nuevo. Bien se señala: “La desconfianza hacia el cambio tiene profundas raíces, porque todos los sistemas sociales exigen estabilidad. El individuo necesita sentirse de alguna manera seguro en sus expectativas futuras, si se quiere que colabore eficientemente con los demás. El conocimiento del pasado debe servir de alguna manera de guía para el futuro” (4).

Un tema que no se agota en un instrumento legislativo. Hay mucho para hacer en tal sentido. El derecho del trabajo tiene un rico patrimonio dicha riqueza integrada en primer lugar por un cuerpo de principios propios con su médula espinal que es el principio protectorio y los demás principios que son su consecuencia y se fueron gestando en el tiempo. En segundo lugar, nuestra ley de leyes, la Constitución Nacional, como fuente fundamental del derecho y su fértil art. 14 bis. En tercer lugar, nuestro sistema solar en lo que a derecho del trabajo individual se refiere que es la Ley de Contrato de Trabajo con sus normas específicas sobre los distintos institutos del derecho individual del trabajo. Y además podemos agregar la ley 25.800 que ratifica el Convenio de la OIT 177 sobre trabajo a domicilio.

Elementos hay. Deportivamente hablando, esperemos, que el equipo no falle. El equipo lo integran los actores sociales. Organizaciones sindicales, organizaciones empresariales y el Estado en sus distintas expresiones y como gerente y garante del bien común deben estar a la altura de los tiempos. Los actores sociales tienen mucho para decir y más aún para hacer en lo que hace a la regulación del teletrabajo.

Dependerá de la madurez de sus dirigentes si se está a la altura de esta llamada nueva revolución industrial que no es más que una nueva faceta del progreso y desarrollo de la Humanidad. El tiempo nos dirá si subimos ordenadamente, con responsabilidad y a conciencia, a ese tren del progreso o si, por el contrario, nos quedamos en la estación viéndolo pasar. La necesidad de normas, legales y convencionales, sobre el tema abordado es imperiosa. Normas que en su función de reguladoras de la realidad social tendrán que tener como su objetivo primordial el de promover el bien común.

(3) DAVIS, Kingsley, “La sociedad Humana”, Editorial Universidad de Buenos Aires, t. I, p. 3 y t. II, p. 434, respectivamente.

(4) *Ibidem*.

EL VALOR DE LA CONCILIACIÓN EN TIEMPOS DE CRISIS

Por María Roxana Henriques

I. INTRODUCCIÓN

Voy a usar un lenguaje claro y concreto a fin de no agotar, con citas largas, al lector que amablemente abrirá este archivo, porque mi finalidad es hacer hincapié, no en las formas, sino en el objetivo, que es reflexionar sobre el “valor de la conciliación en tiempos de crisis”.

Quisiera destacar que llevo casi treinta años trabajando en el Poder Judicial de la Nación y que al día de hoy me desempeño como secretaria en el Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo Nro. 23 por lo que, probablemente, mi mensaje se encuentre de alguna manera condicionado, aún sin que este sea mi propósito, por aquello que Pierre Bourdeu denomina *habitus* de grupo, en razón de pertenecer a la “familia judicial”.

II. DESARROLLO

Pues bien, escribo este artículo en un momento histórico extremadamente especial, estamos atravesando una pandemia provocada por el COVID-19 (SARS-CoV-2) que ha impactado en el planeta entero, generando una crisis importante, a nivel social, cultural y económico. Todas las dificultades que sobrevienen con la pandemia están impactando en la manera de relacionarnos unos con otros en general e influyen, inevitablemente, en el universo del trabajo. Es apresurado afirmar qué características o rasgos distintivos tendrán los puestos de trabajo en el futuro, pero hay casi una coincidencia mundial en relación con que el mundo laboral será distinto, tendremos que adaptarnos directa o indirectamente a otras formas, con menos presencia física en los lugares de prestación, dado que la respuesta más efectiva para paliar los contagios es el distanciamiento social y el trabajo a distancia o teletrabajo está tomando un protagonismo mucho más intenso.

Por otro lado, esta pandemia ha atravesado al mercado laboral de América Latina y, particularmente a nuestro país, con índices elevadísimos de informalidad, empleo precario y una enorme tasa de desempleo y ya se

empieza a avizorar que muchos puestos de trabajo se perderán, porque hay empresas que no podrán sostenerse económicamente de la manera en que lo hacían hasta no hace mucho.

Según los datos extraídos del INDEC, en el primer trimestre de 2020, el impacto de las restricciones impuestas en el marco de la pandemia de la COVID-19 fueron incipientes en la dinámica del mercado laboral. La tasa de actividad se ubicó en 47,1%, la tasa de empleo en 42,2% y la tasa de desocupación en 10,4%.

Les decía, que el mundo está mutando de manera drástica, estamos viendo de una forma que tiene poco que ver con lo que sucedía hasta no hace mucho tiempo y en este contexto de crisis afloran las sensaciones de incertidumbre y ansiedad, estas emociones de desagrado que son nocivas para el desarrollo físico e intelectual de cualquier ser humano.

Pensaba, a propósito de esto, que quienes atraviesan un proceso laboral, sobre todo en tiempos de crisis, también sienten esas emociones, que se agudizan a medida que pasa el tiempo y no obtienen una solución al conflicto. La demora en el procedimiento hará que se intensifique en el trabajador lo que yo llamo el “stress posdespido” y en el demandado —especialmente si es un pequeño emprendedor— el temor de no poder sortear con estabilidad su situación económica crítica.

Entonces, me parece sumamente interesante analizar el valor de la conciliación, como una herramienta útil de solución y transformación de los conflictos judiciales, porque estas emociones nocivas pueden ser superadas si se trabaja desde el poder del Estado para evitar que las partes transiten el camino de un proceso lento y tedioso.

Pero, antes de entrar a considerar la valía de la conciliación, es imperioso que nos detengamos a analizar de qué hablamos cuando hablamos de conciliación.

III. CONCEPTO DE CONCILIACIÓN

Desde la etimología, el término conciliación proviene del latín *conciliatio* que significa acción y efecto de conciliar o acuerdo entre los litigantes para evitar un pleito o desistir del ya iniciado (RAE 2015).

En este sentido, la doctrina ha dicho que conciliar supone avenimiento entre intereses contrapuestos: es armonía establecida entre dos o más personas con posiciones disidentes. El verbo proviene del latín *conciliare*, que significa reunir, componer y ajustar los ánimos en diferencia de los que es-

taban opuestos entre sí, o conformar dos o más proposiciones contrarias; en definitiva, avenir las voluntades o poner a los contendientes en paz ⁽¹⁾.

Justo López dice que lo que se concilia o transa es, en sentido más propio, pretensiones, citando a Ferro, quien explica que si la pretensión coincidiera necesariamente con lo que en derecho corresponde “toda demanda debería prosperar” ⁽²⁾.

IV. NORMATIVA

En cuanto a la normativa, podemos observar que en el derecho procesal y de fondo del trabajo se ha aceptado la conciliación y la transacción sobre derechos no reconocidos o litigiosos, sin mucho reparo.

Así, al sancionarse las primeras normas procesales laborales (dec./ley 32347/44) se admitió la validez de los acuerdos conciliatorios y transaccionales realizados en un juicio y con intervención del órgano jurisdiccional.

Por aquel entonces, la Comisión de Conciliación era un organismo de carácter administrativo pero las conciliaciones pasadas ante ella tenían valor de cosa juzgada. Luego, por decisión de la propia CNTrab., a dicha comisión se le asignó el carácter de órgano integrante del referido tribunal.

Posteriormente, la ley procesal laboral nacional en su texto original (ley 18.345, arts. 43, 68 y 69) admitió los acuerdos realizados ante el juez del proceso.

El art. 80 de la ley 18.345, en la actualidad, expresamente dispone que el juez intentará obtener de las partes un acuerdo conciliatorio en la primera audiencia oral y que en cualquier estado del juicio podrá reiterar gestiones conciliatorias sin perjuicio de las que obligatoriamente deberá intentar en oportunidad de celebrarse la audiencia antes mencionada.

Mientras que la Ley de Contrato de Trabajo confiere validez a los acuerdos transaccionales, conciliatorios o liberatorios cuando se realicen con intervención de la autoridad judicial o administrativa y se emita una resolución fundada que acredite que mediante tales actos se ha alcanzado a una justa composición de los derechos e intereses de las partes (art. 15 de la LCT).

(1) HIGHTON, Elena J. - ÁLVAREZ, Gladys S., “Mediación para resolver conflictos”, p. 101 punto 6 con cita a Hitters, Juan Carlos, “La conciliación perjudicial o preventiva”.

(2) LÓPEZ, Justo, CENTENO, Norberto O. - FERNANDEZ MADRID, J.C., “Ley de Contrato de Trabajo comentada”, t. I, p. 209 citando a Ferro, “La conciliación en los diferendos individuales del Trabajo”.

En el ámbito nacional extrajudicial, la ley 24.635 instaura el Servicio de Conciliación Laboral Obligatoria (SECCLO) dependiente del Ministerio de Trabajo.

En el derecho común, el art. 1641 del Cód. Civ. y Com. define a la transacción como un acto jurídico bilateral mediante el cual las partes, para evitar un litigio, o ponerle fin, haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones litigiosas o dudosas. Y el art. 1644 también de este código establece que no puede transigirse sobre derechos en los que está comprometido el orden público ni sobre derechos irrenunciables.

Ahora bien, si analizamos el art. 15 de la LCT, podemos observar que, tal como explica Ackerman ⁽³⁾, el legislador laboral recepta este modo de conclusión de conflictos, utilizando los conceptos de acuerdos transaccionales, conciliatorios o liberatorios como si remitiesen a una situación unívoca, cuando debe interpretarse que este tipo de acuerdos solo pueden versar sobre derechos de contenido litigioso o dudoso, nunca sobre créditos reconocidos, en razón de que por el medular e imperante, en cualquier instancia, principio de irrenunciabilidad de derechos, el trabajador no puede abdicar de derechos sobre los que no existe discusión.

Esta distinción del derecho del trabajo no resulta insignificante, puesto que el legislador, al instrumentar el principio protectorio limita la autonomía negocial y esa protección se extiende hacia los derechos del trabajador que se originan con posterioridad a la extinción del vínculo.

El fin del principio de irrenunciabilidad, inserto en el art. 12 de la LCT, en definitiva, resulta un límite al acuerdo, un valladar que no se puede atravesar. Y es por esta razón que, siguiendo a Ackerman ⁽⁴⁾, coincido en que no resulta del todo preciso enunciar a los acuerdos conciliatorios como excepciones al principio de irrenunciabilidad. Admitir que el trabajador abdique derechos que no se encuentran discutidos, haría que el derecho del trabajo pierda su nota de imperatividad y se transforme en dispositivo.

Además, como ya adelanté, de acuerdo con el art. 15 de la LCT este acuerdo debe reunir determinados requisitos y formas que deben respetarse *ad solemnitatem*, para que tenga validez, de lo contrario será nulo.

El primero tiene que ver con la intervención de la autoridad administrativa o judicial ante la cual se debe celebrar el acuerdo. Entiéndase entonces, que un pacto privado celebrado por las partes, que involucre créditos laborales del trabajador, no será válido para extinguir obligaciones.

(3) Ackerman, Mario E. (dir.) - SFORSINI (coord.), "Ley de Contrato de Trabajo Comentada", t. I, p. 222.

(4) *Ibidem*, p. 224.

El segundo es la homologación. El acto de homologar implica un acto de responsabilidad, porque se debe analizar lo que se discute y la entidad de la solución a la que se arriba.

Y es justamente esta homologación, el acto que da fin y validez al acuerdo que ambas partes firman, poniendo solución a la controversia, con autoridad de cosa juzgada. Quiero mencionar, aun cuando no es el objeto de este artículo hablar de los efectos de la cosa juzgada de los acuerdos conciliatorios, que existe cierta doctrina ⁽⁵⁾ que pone en duda el efecto de “cosa juzgada” sobre los créditos o derechos que no formaron parte del acuerdo e, incluso, un sector de la doctrina y jurisprudencia también se ha manifestado de manera crítica a la doctrina del plenario Nro. 137 dictado por la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo “Lafalce, Ángel y otros c/ Casa Enrique Schuster S.A.” del 29/12/70 ⁽⁶⁾ por entender que carece de valor una manifestación genérica como la que acusó el plenario, al adjudicar el carácter de cosa juzgada a manifestaciones liberatorias de créditos que no fueron objeto del proceso conciliado, porque esto contradice el art. 15 de la LCT viola el orden público laboral y el principio de irrenunciabilidad de derechos ⁽⁷⁾.

En definitiva, determinado el concepto, requisitos y marco legal, estamos en condiciones de analizar el valor que tiene la conciliación.

V. VALOR DE LA CONCILIACIÓN

El acto de la conciliación debe ser un acto “conveniente” para ambas partes que se encuentran ligadas por lo que tienen en común, el conflicto, entendiendo que esta conveniencia no significa que una parte se sobreponga por ejercicio de mayor poder o mejor representación sobre la otra, sino que hay un valor cualitativo para cada una en el acto de aceptar ese acuerdo.

En tiempos de crisis el trabajador, llevado por su situación económica y social menos privilegiada, puede ser fácilmente obligado a renunciar o ceder un derecho frente a una oferta cuantitativamente inferior que remedie, de una manera ilegal, su necesidad urgente de supervivencia.

Esa no debe ser la finalidad del acto de la conciliación.

(5) *Ibidem*.

(6) FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos, “Tratado Práctico de Derecho del Trabajo”, LA LEY, t. I, p. 272. CAUBET, Amanda, Los acuerdos conciliatorios donde se fijó la siguiente doctrina: “La manifestación de la parte actora en un acuerdo conciliatorio de que una vez percibida íntegramente la suma acordada en esta conciliación nada más tiene que reclamar de la demandada por ningún concepto emergente de la relación laboral que las uniera, hace cosa juzgada en juicio posterior donde se reclama un crédito que no fue objeto del proceso conciliado”.

(7) FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos, ob. cit., p. 272.

La conciliación bien entendida, es una herramienta útil y virtuosa, que le da un valor agregado a la tarea del juez, porque ayuda a resolver un problema irresuelto y a calmar las emociones negativas que afectan al trabajador, su ansiedad y el “stress posdespido” a la vez que al demandado le da la oportunidad de cumplir lo pactado de acuerdo con su posición económica.

En definitiva, la conciliación allana el camino para que las disputas de los individuos se resuelvan con la ayuda del juez, estimula el diálogo y reduce la cultura adversarial, generando una nueva situación pactada y estructurada por las partes, que será diferente a la que regía mientras el conflicto estaba vivo.

VI. COMO LLEVAR ADELANTE LA CONCILIACIÓN

Es el juez, o quien en su caso lleve adelante una tarea tan noble, el que acompaña a las partes para que resuelvan sus diferencias, este será quien debe considerar que no se puede trabajar desde la lógica de priorizar un “mal arreglo” justificándolo en que los juzgados están llenos de causas y por eso es necesario descomprimir el trabajo, ni acudir al pretexto de que es mejor que “se resigne dinero o derechos” a cambio de ganar tiempo.

Entonces, el rol del conciliador es fundamental, porque será quien ayude a componer ese conflicto, proponiendo soluciones sin prejuizar, ayudando a las partes a acercarse, custodiando los principios del derecho laboral, cuidando no atropellar el principio de irrenunciabilidad ni el principio protectorio, tomando en consideración que el trabajador es sujeto de preferente tutela constitucional tal como lo recuerda la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Vizzoti” ⁽⁸⁾.

Es indiscutible que no homologará ningún acuerdo que no reúna estos recaudos.

Muchos dirán que tenemos un presente difícil para conciliar, dado que estamos aislados físicamente y es más complejo llevar adelante una audiencia sin estar con las partes de manera presencial, esto es cierto, además algunos demandados tendrán una posición muy poco flexible para acceder al reclamo, dado que invocarán la crisis económica en la que se encuentran sumergidos y esto es cierto también, pero yo propongo salirnos de todos estos condicionamientos porque, sin duda, hoy más que nunca debemos trabajar para lograr que el trabajador pueda ejecutar su crédito.

La tecnología, hoy día se ha transformado en una aliada fundamental que nos permite comunicar con las partes o letrados sin violar las medi-

(8) CS, “Vizzoti Carlos c AMSA s/ despido”, 14/09/2004.

das de aislamiento social obligatorio decretadas por el Poder Ejecutivo (DNU 297/2020 y sucesivos) y preservarnos de un eventual contagio, minimizando los efectos nocivos de la pandemia.

Además, es un medio ágil por el que podemos adquirir el conocimiento de la causa de manera efectiva. Podemos usar, por ejemplo, el mail o plataformas como el Zoom, Google Meet, la mensajería digital, el teléfono, la videoconferencia para tomar audiencias o tener una amplia comunicación los involucrados. Todo esto debe ser un estímulo positivo para mejorar la capacitación y lograr una información del expediente en tiempo mucho más ágil.

Pero por encima de la tecnología están los valores humanos. Estoy convencida que el rol del conciliador es irremplazable, un juez o un funcionario preparado para componer el litigio no va a poder ser reemplazado por una máquina. Entonces, debemos trabajar para potenciar y aplicar los mejores valores humanos, la generosidad, la inteligencia emocional, la cooperación, la compasión.

El cambio es demasiado grande como para pretender cerrar los ojos aferrándonos a modelos anteriores, por eso, los integrantes de la oficina judicial seremos los que, coordinados por el juez, adoptaremos una postura creativa, pensando lo no pensado y poniendo en práctica una nueva manera de trabajar.

Es en las crisis, en un contexto de alta tensión, con debilitamiento social y económico, que el poder judicial, como organización y poder del Estado, tiene que enfrentar el desafío combinando las herramientas modernas con los valores humanos.

Entonces, el beneficio de todo este procedimiento de búsqueda de una solución más simple y efectiva será la paz y la calma de los involucrados, porque ni el actor ni el demandado están preparados para litigar, para sostener un conflicto, serán sanadas esas emociones negativas en un ámbito de confidencialidad, en una audiencia que tal vez durará unas pocas horas, sin esperar años.

Y de alguna manera, no solo se termina un conflicto entre las partes, se termina el conflicto también con el poder judicial, porque el paso del tiempo genera que los involucrados en una causa, llevados por una razonable ansiedad, comiencen a considerar como una debilidad del poder judicial esta impotencia para resolver los conflictos o dar una respuesta adecuada y es aquí donde nace un nuevo contrincante —el poder judicial— y un nuevo conflicto —una causa irresuelta—.

La mayor amenaza para los tiempos que vivimos es la ignorancia. Y una justicia lenta, con casilleros llenos de expedientes inconclusos, es una justicia ignorante de la necesidad de la comunidad.

En definitiva, si el juez comprende cuál es el interés de ambos contendientes y orienta la acción, de manera rápida y efectiva en la búsqueda de la justa composición de sus derechos e intereses, estará contribuyendo al bienestar general. Pero si esto no sucede, el sistema se va a quebrar y este contrato que hubieran podido celebrar las partes para componer su litigio, no podrá materializarse, quedando el trabajador en una posición aún más vulnerable y el incumplidor con ventaja porque, sabiendo que el tiempo está a su favor, podrá adoptar posiciones especulativas.

No desconozco que se ha criticado —y aún sigue sucediendo— este modo de resolver los conflictos. Cierta doctrina sostiene que la conciliación no es el mejor de los métodos para resolver un litigio, tal vez llevado por una mala experiencia o por el temor de que se puede poner en riesgo el valor justicia como virtud o anhelo de equidad, temen que el conciliador sea indiferente a estos valores y los principios del derecho del trabajo o consideran que este desequilibrio entre las partes no resultará beneficioso para el trabajador.

A quienes se encuentren aún dudosos de esta metodología o piensen que el trabajador, llevado por su situación económica desfavorable será quien ceda, viéndose forzado a acordar por falta de dinero, quisiera decirles que el camino del proceso no mejorará la posición del más débil en tanto, inevitablemente, deberá transitar un juicio cuyo resultado final no está garantizado que le sea favorable, dado que el juez deberá resolver conforme a la prueba que se encuentre en el expediente y a veces resulta complejo acreditar los hechos que se invocan, por ejemplo, porque los testigos no acuden a las audiencias o el correo no acompaña la documental telegráfica, entre otras complejidades que se van sucediendo con el paso del tiempo.

VII. CONCLUSIÓN

El juez, como director del procedimiento, tiene un objetivo abstracto, llegar a la verdad.

Para algunos llevar adelante un juicio es una pesada carga, lo viven con angustia y ansiedad, no todos están dispuestos a pagar el costo de esperar que un tercero ajeno resuelva la contienda con una sentencia.

El juez puede resolver el conflicto con una sentencia, pero también tiene otra función otorgada por la ley, que es la de invitar a las partes a conciliar y es ahí, en ese acto, donde se puede tornar valioso su trabajo, porque puede ayudar a disipar la ansiedad cuando se logra un acuerdo mediante el cual

ambos sujetos de la causa dan por finalizado el litigio. Será ese acuerdo la obra de las partes, donde la palabra y el compromiso de continuar de otra manera tienen más valor que la sentencia misma del juez; tal como lo ha referenciado Centeno, la conciliación es incluso más importante que la sentencia del juez, de acuerdo con las conclusiones del II Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social celebrado en Lima, Perú, del 18 al 23 de noviembre de 1967, en el cual se declaró: “[E]n el procedimiento laboral, la conciliación entre las partes es más importante que la sentencia del juez, no pudiendo, sin embargo, bajo ninguna hipótesis perjudicar los derechos del trabajador que la ley local declare irrenunciables”⁽⁹⁾.

El acto de trabajar en la conciliación significa trabajar para reconocer a las personas atravesadas por la disputa, escucharlas, interiorizarse del sentido que tiene para ellas el conflicto, tomar consciencia de la importancia que tienen sus intereses y las expectativas que tienen en determinado conflicto, ayudar a que estén preparadas para tener una visión de cambio, de transformación.

La conciliación trasciende el espíritu que el legislador pudo haberle predestinado como mecanismo para descongestionar la cantidad de causas judiciales, caer en la simpleza de pensarla como algo beneficioso por el solo hecho de que habría menos expedientes o menos trabajo, sería quitarle a la conciliación su valor fundamental y no apreciar que puede ser utilizada para transformar los conflictos que angustian a los involucrados y resolver sus diferencias.

Cuando hay un conflicto larvado que los involucrados quieren componer, se debe trabajar para lograr ese objetivo.

Y es en momentos de crisis cuando la valía de este acto toma protagonismo.

En conclusión, creo que tenemos que ser resilientes para salir de esta crisis y fortalecer nuestro compromiso y responsabilidad, hacer del poder judicial un lugar en donde las partes encuentren una respuesta rápida y un juez presente que las acompañe para resolver sus diferendos.

Trabajar para prestigiar a la organización y enfrentar este cambio, teniendo en cuenta que lo más fructífero tal vez no sean las palabras o las acciones individuales, sino el eco que tengan en los litigantes que, en definitiva, son los que pagan el costo de mantener el conflicto irresuelto.

(9) CENTENO, NORBERTO, “El Procedimiento laboral en la Provincia de Buenos Aires”, Astrea, Buenos Aires, 1974, p. 84. Crónicas sobre los anales del II congreso iberoamericano de derecho de trabajo y seguridad social Perú, Lima, (18/23 de noviembre de 1967).

Si se mejora el sistema se beneficia a la sociedad, a los seres humanos, se logra, sin duda la misión que tenemos como poder del Estado.

Tal como he dicho al comienzo, la intención de este trabajo es expresar una reflexión sobre la conciliación y la dimensión que adquiere en el contexto de una crisis política y social como la que estamos atravesando. No pretendo tener la respuesta acertada ni defender la conciliación como único mecanismo de resolución del conflicto, aunque, sin duda, el acuerdo que deje en paz a ambas partes tendrá un valor superior a aquella sentencia que refleje lo que pudo probar una de ellas, tal vez por estar en una posición más fuerte.

Un fallo, una sentencia marcan el fin de una relación, describiendo la realidad que refleja lo que dice el expediente de la forma más justa posible. Por el contrario, una conciliación, o al decir del Perugini una “reconciliación” supone la materialización de la verdad de las partes, que las deja en una posición de paz para seguir adelante con sus vidas, a partir de este nuevo “pacto-acuerdo” por el que ponen fin, definitivamente, al vínculo que alguna vez los tuvo unidos.

Ese es el valor de la conciliación.

LA DEUDA INTERNA DE LA CONCILIACIÓN LABORAL

Por Enrique Agustín Precedo y Andrea M. Rodríguez

I. MEDIACIÓN Y CONCILIACIÓN COMO SISTEMAS

Cuando, en la última década del siglo pasado, se empezaron a instalar en nuestro país (inicialmente, en la Ciudad de Buenos Aires) los primeros sistemas de mediación y obligación (además, con carácter previo y obligatorio al inicio de la controversia judicial propiamente dicha, esto es con un protagonismo procesal central, en la primera etapa de esas contiendas) las expectativas provocadas fueron muchas.

El primer proyecto concretado, específicamente de mediación (civil y comercial, reitero) se verificó a través de la ley 24.573, del 25/10/1995. Un par de años más tarde, puntualmente el 03/05/1997, conforme Boletín Oficial, la ley 24.635 introdujo un esquema similar (de conciliación, también con carácter previo y obligatorio a la intervención judicial directa) en del derecho del trabajo (Justicia de la Nación). Las provincias, por su lado, no adhirieron “linealmente” a estos nuevos esquemas, adoptándose en casi todas las jurisdicciones, pero en la mayoría de ellas (y aún continúa así, pese a permanentes rumores de cambios) conservándose con carácter optativo, y en la órbita interna del Ministerio de Trabajo de la provincia correspondiente.

Estamos hablando, entonces, de Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos (MARC), aplicados a distintas disciplinas, y me parece interesante, en tanto hemos hablado de mediación (civil y comercial) y conciliación (laboral), hacer una breve distinción de ambos mecanismos, trayendo a colación a tales fines un trabajo publicado en <http://limamarc-revista.blogspot.com.ar/2007/12/diferencias-entre-mediacion-y.html>, por Rafael Medina Rospigliosi 02/12/2007, titulado precisamente “Diferencia entre mediación y conciliación”, donde se sostiene:

“Muchas son las diferencias entre ambos MARC que los distancia notablemente, aunque parezcan similares, así tenemos:

1. En cuanto a su finalidad

Francesco Carnelutti señalaba que la nota diferencial, frágil y valiosa, entre las dos formas de actividad se refiere, por el contrario, a la finalidad, puesto que la mediación persigue una composición contractual cualquiera, sin preocuparse de la justicia, mientras que la Conciliación aspira a la composición justa. En este sentido, la conciliación se encuentra en medio de la mediación y de la decisión: posee la forma de la primera y la sustancia de la segunda.

El proceso de mediación se orienta hacia una solución contractual cualquiera del conflicto de intereses entre las partes. En cambio, el proceso de conciliación se orienta hacia una solución justa del conflicto de intereses. da a cada parte lo suyo.

GUASP señala otra diferencia pues mientras en la mediación el tercero interviene de manera espontánea en la conciliación el tercero interviene de manera provocada llamado por las partes.

2. Por la magnitud de participación del tercero

En la mediación, el tercero neutral denominado Mediador tiene un menor protagonismo durante el desarrollo de todo el proceso, pues participa pasivamente en el proceso limitándose a acercar, aproximar y juntar a las partes, facilitar la comunicación entre las partes, absteniéndose de proponer soluciones al conflicto.

En cambio, en la conciliación el tercero neutral denominado Conciliador, tiene un mayor protagonismo en el proceso, ya que puede proponer a las partes soluciones no vinculantes para solucionar el conflicto.

3. Por la magnitud de participación de las partes

En el proceso de mediación las partes tienen un mayor protagonismo, un papel más activo en el desarrollo del proceso de mediación, ya que el mediador no propone soluciones al conflicto.

En cambio, en la conciliación las partes tienen menor protagonismo, desde el momento en que el tercero puede proponer fórmulas de solución al conflicto, pero a su vez más activo que en un proceso judicial.

4. Por la magnitud de control sobre el resultado por las partes

En la mediación en vista que las partes tienen un papel más activo y el mediador un papel pasivo, son las mismas partes en conflicto las que construyen por sí mismas la solución del conflicto, Este proceso genera una mayor propiedad en la solución, teniendo mayores posibilidades de cumplimiento.

En cambio, en la conciliación, en vista que las partes tienen un papel menos activo y el papel del conciliador es más activo ya que puede proponer soluciones al conflicto, en cierta forma las partes no elaboran por sí mismo la solución, sino que se ven influenciadas por las propuestas del

conciliador, con lo que se genera una menor propiedad en la solución del conflicto.

5. Asimismo, el control sobre el resultado es diametralmente opuesto al protagonismo de los terceros neutrales.
6. El proceso de mediación tiene una filosofía esencialmente individualista, mientras que la conciliación tiene una filosofía básicamente solidaria y justa”.

Hecha esta primera distinción, entonces, en relación con el mecanismo que se aplica en derecho del trabajo, como propuesta de “método alternativa de resolución de conflictos”, obligatoriamente previa a la apertura del expediente judicial propiamente dicho (si hablamos de la Ciudad de Buenos Aires, reitero, en tanto no es uniforme en el resto de las provincias del país) e incluso optativa, en otras tantas jurisdicciones, debemos concentrarnos los abogados en la especial tarea que le corresponde desarrollar al conciliador, no solo a la hora de auxiliarlo (en tanto, y como defensor de uno de ambos contendientes, nos interese el resultado transaccional) sino incluso, y lamentablemente, a la hora de imponerles la obligación de que agoten su encomienda, y digo lamentablemente en tanto ello no se verifica así en la cotidianeidad práctica.

II. CONCILIACIÓN Y PROTAGONISTAS

Y destáquese lo importante de la tarea del conciliador, puesta esa actividad en el particularísimo contexto de las relaciones de trabajo, donde la cuestión conciliatoria siempre tuvo altísima presencia. Recuérdese el texto de la ley 18.345 (procedimiento en la Justicia Nacional del Trabajo) previo a la (ya mencionada) reforma de ley 24.635, que introdujo el Servicio de Conciliación Laboral Obligatoria (SECLO). La norma, tal como estaba prevista antes de la aparición del “procedimiento previo”, en su art. 68 dedicaba una exclusiva e importantísima audiencia (una de cuyas alternativas era la inmediata traba de la Litis) al objetivo de alcanzar un acuerdo entre las partes (en idéntico sentido, e incluso en la actualidad, el art. 25 de ley 11.653, procedimiento laboral en la Provincia de Buenos Aires). Las razones de esa trascendental importancia, observada en relación con el mecanismo transaccional propio de nuestra disciplina jurídica laboral, es en algún punto evidente, para cualesquiera de ambos protagonistas del vínculo. Para el trabajador, por el carácter alimentario que a su respecto poseen los ingresos producidos por su trabajo (y en ocasión de la desvinculación, con mayor energía aún, pues al distracto normalmente sobreviene una etapa de desempleo, hasta tanto se encuentra nueva colocación profesional). Para el empleador, dada su necesidad de certezas (indispensables para planificar con

un mínimo de seriedad la evolución empresarial) y la necesidad de evitar pasivos contingentes.

No es menos cierto, asimismo, que la conciliación, y sus resultados, tienen otra particularidad en el Derecho del Trabajo. En tanto allí se debaten, de manera ampliamente mayoritaria, derechos alcanzados por el orden público (laboral, precisamente), el acto de homologación del acuerdo al que pudiera arribarse tiene fundamental importancia, en rigor imprescindible para darle carácter extintivo a la cancelación de las diferencias que se controvertan (art. 15, ley 20.744), toda vez que estamos hablando de derechos que para el sujeto trabajador resultan indisponibles (art. 12, id leg). Y si bien es cierto que esa homologación no la otorga el conciliador, sino la autoridad ministerial (por elevación del conciliador, habilitado por esta última para intervenir en el acuerdo entre empleador y empleado), es incontestable el hecho de que el conciliador tiene una insoslayable responsabilidad en el desarrollo y alcance de ese acuerdo, y no deja de ser un primer guardián del “orden público laboral” que pudiese verse vulnerado en ese contexto.

III. CONCILIACIÓN Y VULNERABILIDADES

Precisamente ese aspecto (la vulneración de los derechos del trabajador, en un contexto transaccional que no los custodiase debidamente) le valió, al sistema actual, críticas de enorme magnitud. Traigamos a colación, en ese sentido, el reportaje al entonces presidente de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Doctor Juan Carlos Fernández Madrid, en Diario Judicial del 01/02/2000, que transcribo a continuación, a saber:

“Fernández Madrid: ‘La conciliación laboral es un remate de la necesidad’, Mar 01/02/2000

El presidente de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Juan Carlos Fernández Madrid, estimó que la reforma laboral elevada al Congreso no tiende a revertir ‘la crisis de empleo’, sino que está orientada por el Fondo Monetario Internacional ‘para rebajar el costo laboral’.

‘No se trata de que se quiera revertir una situación de crisis de empleo o una situación de inseguridad en que se encuentra el sector trabajador’, enfatizó el magistrado al señalar que se trata de una reforma orientada ‘por el FMI para rebajar el costo laboral’, durante una entrevista concedida a Diario Judicial.

Fernández Madrid, quien opinó a título personal y no como integrante de un tribunal que deberá abordar en el futuro la nueva legislación que se apruebe en el Congreso, también arremetió contra la conciliación laboral a la que calificó como ‘un remate de la necesidad’ que deja indefensos a los trabajadores, a la vez que puso en dudas la efi-

caía del período de prueba que se pretende implementar con la nueva reforma laboral.

La mediación, dijo, no debe realizarse por vía administrativa, porque debe haber una demanda y una contestación fundadas a derecho y ‘el acuerdo tiene que ser justo’”.

Dados estos antecedentes, y determinada de esa manera la particular responsabilidad del Conciliador Laboral, toda vez que tiene la obligación de colaborar con las partes para que estas agoten sus posibilidades transaccionales, pero en un contexto donde debe velar por la conservación de valores (orden público laboral) de observancia ineludible, no cabe sino concluir que la enorme mayoría de quienes ejercen tan especial rol podrán tener la mejor de las intenciones, pero sin dudas, y a su respecto, es imprescindible imponer mayores grados de capacitación y más rigurosos sistemas de control, a los fines de que tales objetivos puedan ser eficazmente alcanzados.

Y ello, en la actualidad, agravado por la intención de imponer, en distintas provincias de nuestra nación, un sistema similar al que estamos describiendo, y como consecuencia de las disímiles recepciones jurisdiccionales que ha tenido en los últimos veinte años. En este punto me remito al artículo publicado el 08/08/2017 (Fuente: <http://www.diariojudicial.com/nota/78748/laboral/seclo-federal.html>), titulado “Se busca que las provincias adhieran al Servicio de Conciliación Laboral Obligatoria (SECLO)”, en el que se sostiene que:

“Tras la aprobación de la ley 27.348 que establece la obligatoriedad de las Comisiones Médicas Jurisdiccionales previo sorteo de una demanda por accidente de trabajo, el próximo paso del gobierno de Mauricio Macri en pos de bajar la ‘litigiosidad laboral’ es la implementación de oficinas de conciliación laboral en todas las provincias: una federalización del Servicio de Conciliación Laboral Obligatorio (SECLO).

“El SECLO, que funciona en la órbita del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, fue creado por la ley 24.635 en 1996 como una instancia de carácter obligatorio y previo a la demanda judicial, para sustanciar reclamos individuales y pluriindividuales que versen sobre conflictos de derecho de la competencia de la justicia nacional del trabajo, y comenzó a funcionar en septiembre de 1997.

“Es la instancia administrativa previa para iniciar todo reclamo judicial basado en conflictos de derecho laboral y consiste en un trámite ante un conciliador con el objetivo de lograr un acuerdo a fin de no iniciar el juicio. El acuerdo deberá ser homologado por autoridad judicial y tiene carácter de cosa juzgada y, en la gran mayoría de los casos, le pone fin al conflicto: en contadas ocasiones se ha declarado la nulidad del acuerdo ante el SECLO y se trataron de situaciones en

donde se acreditó que se acreditó que el trabajador estaba ‘desprotegido’.

“En el art. 62 de la norma queda abierta la invitación a las provincias para ‘crear procedimientos de solución no jurisdiccional de conflictos individuales de trabajo’. Esta “invitación” que hace la ley es la herramienta con la que el oficialismo busca la implementación de servicios de conciliación laboral previa en todas las provincias.

“Días atrás, durante una visita a Corrientes, el presidente Mauricio Macri solicitó que la provincia homologue la reforma de la Ley de ART y que se adhiera al servicio de conciliación previa en materia laboral, como forma de combatir a ‘las mafias de la industria del juicio laboral’”.

Actualmente, la mediación para los conflictos laborales cuenta con un servicio a tales fines en provincias como Santa Fe, La Rioja y San Juan. Buenos Aires, una provincia con alta litigiosidad laboral, firmó a principios de año, una carta de compromiso con el Estado Nacional para prestar colaboración en la asistencia técnica con el fin de habilitar el SECLO en la provincia, como así también un Registro de Conciliadores, que van a depender del Estado provincial.

En Mendoza, por su parte, se sancionó a fines del mes de julio la ley que crea la Oficina de Conciliación Laboral Obligatoria (OCLO) y que es el equivalente al SECLO en territorio cuyano. Como en la Ciudad de Buenos Aires, la OCLO funcionará en el ámbito de la Subsecretaría de Trabajo y Empleo dependiente del Ministerio de Gobierno, Trabajo y Justicia, y tendrá las facultades de “dirimir con carácter obligatorio y previo a la demanda judicial, todo conflicto de derecho en los que versen reclamos individuales y pluriindividuales de competencia de la justicia laboral provincial”.

IV. CONCILIACIÓN COMO ALTERNATIVA

Queda claro, en consecuencia, que la conciliación (y en rigor todos los “métodos alternativos de resolución de conflictos”) se ha instalado con energía en nuestro sistema de controversias, y su evolución pareciera estar llamada a concretarse con toda solidez. Podría sostenerse que veinte años han sido poco tiempo, pero es evidente que aún falta ejercicio del sistema, y el necesario ajuste de alguno de sus componentes, de manera tal de que pueda consolidarse como una alternativa eficiente, eficaz, y suficientemente contenedora de las cuestiones que resultan esenciales al Derecho del Trabajo, en particular lo relativo a las relaciones naturalmente asimétricas que buscan ser compensadas a través del acuerdo.

En tal sentido es interesante reseñar la tesis de posgrado (presentada ante la Universidad Nacional de Tres de Febrero), titulada “acuerdos homo-

logados en sede administrativa, ¿cosa juzgada?”, cuya autora lo es la Dra. Miryam Elizabeth Agüero Meza (dir. Julio A. Grisolia) que en su capítulo 2º (análisis de la conciliación laboral en el SECLO y ante sede judicial. Aspectos prácticos. ventajas y desventajas. Derecho comparado), de donde se extraen los párrafos centrales que se transcriben a continuación, intercálándolos con nuestros propios comentarios al respecto, y donde se repasan liminarmente las características más destacables del sistema que describimos, a saber:

“El trabajador, a fin de perseguir el cobro de su crédito laboral, (...), puede adoptar diversas formas. Una de esas formas es arribar a un acuerdo con su empleador o ex empleador y a partir de allí establecer las pautas para hacer efectivo el derecho que le pertenece. Es así como podría decirse que la conciliación implica un avenimiento y agotada la vía de negociación importa un acuerdo de voluntades y, como tal, es fuente de derechos y obligaciones”.

En épocas de crisis, conciliar es urgente, podría sostenerse, sobre todo, y como ya lo hemos analizado, para el trabajador dada su necesidad incluso alimentaria, pero también para el empleador, y la conveniencia de obtener certezas en lo que hace a las alternativas de evolución del capital afectado a su empresa.

“Cuando la conciliación es llevada a cabo en sede administrativa se hará ante un organismo denominado Servicio de Conciliación Laboral Obligatorio (en adelante SECLO), ... que depende del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.” “Una vez iniciada la instancia de conciliación no podrá presentarse un acuerdo espontáneo, sino que ello se hará mediante el conciliador. Sin perjuicio de ello, y sin iniciar la instancia previa de conciliación obligatoria, el trabajador y empleador podrán arribar a un acuerdo conciliatorio, el que podrá ser homologado ante el MTSS como ocurría antes de la sanción de la ley 24.635. En la audiencia señalada por el MTSS el conciliador tratará de avenir a las partes, o en todo caso al reclamante y al reclamado, y para el caso de lograr un acuerdo, este será elevado al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social a los fines de su homologación”.

Queda así claro que desde la misma propuesta legal el conciliador aparece destacado como una figura central del procedimiento, no solo por ser quien le da a las partes la posibilidad de acercarse, y evaluar alternativas transaccionales, sino porque deberá hacerlo cuidando que se respeten, en ese contexto, no solo los principios generales propios del esquema de resolución de conflictos, sino en lo particular la ineludible custodia del orden público que podría verse afectado en hipótesis de admitirse una solución injusta en relación con el sujeto trabajador, dada la especial calidad de pro-

tegido que le reservan nuestras leyes ordinarias, e incluso las garantías constitucionales contenidas en nuestra Carta Magna.

“(…) [A] partir de [la homologación] pueden ocurrir tres cosas. La primera será homologar el acuerdo, obviamente, para el caso de que el acuerdo esté en condiciones de ser homologado y se encuentren cumplidos los requisitos legales. En este aspecto, cabe señalar, se torna difícil realizar una valoración de la justa composición de los derechos e intereses de las partes como lo exige el art. 15 de la LCT ya que, en el ámbito de dicha sede, ... el homologante se encuentra con pocos datos, ya que tendrá a su alcance una simple planilla de reclamo, y no ante una demanda o ante una contestación de demanda en su caso como ocurre en sede judicial (...). Esta cuestión es bastante delicada, ya que muchas veces se homologan acuerdos en donde verdaderamente no se ha arribado a una justa composición de los derechos e intereses de las partes y el trabajador termina siendo víctima de ello ya que no se respeta la irrenunciabilidad de los derechos previstos en la ley de contrato de trabajo. A fin de evitar ello, es conveniente que el trabajador siempre tenga un buen asesoramiento letrado”.

La homologación, correspondiente al SECCO, no es sino un acto administrativo, donde por imperio del art. 15 de la Ley de Contrato de Trabajo, la Autoridad (en este caso, el Ministerio de Trabajo) aparece revisando el acuerdo al que se arribó, y validando, en ese contexto, que se haya verificado la justa composición de derechos e intereses que establece la norma legal precitada como condición para la emisión de ese acto, y la concreción de sus efectos (otorgarle carácter cancelatorio a la obligación cuyo cumplimiento haya comprometido el empleador en el marco de ese acuerdo).

“La segunda cuestión que puede ocurrir es la siguiente. El MTSS podrá realizar observaciones al acuerdo elevado por el conciliador y devolverlo a fin de que el conciliador intente un nuevo acuerdo teniendo en cuenta las observaciones formuladas por el MTSS”. “La tercera y última cuestión que puede ocurrir es que el MTSS no homologue el acuerdo, rechazándolo de plano y en este caso, quedará expedita para el trabajador la vía para accionar judicialmente expidiendo la debida certificación”.

Así las cosas, y si no estuviesen dadas las condiciones para que ese acuerdo fuese homologado, podrá sanearse o no, previéndose un mecanismo especial, con nueva intervención del Conciliador, a los fines de intentar evitar que se frustre la pretensión transaccional expresada por las partes. Si no obstante ello, el acuerdo no fuera saneado, la homologación no habría de sobrevenir, y la conciliación carecerá de efectos, en el plano cancelatorio de las obligaciones que resultasen objeto de controversia.

“También la conciliación laboral puede ser llevada a cabo en el ámbito judicial mediante la presentación de una demanda conjunta

solicitando la homologación ante el Juez competente o bien durante el desarrollo de un proceso judicial”.

Hablamos, en este caso, de la conciliación a la que se arriba una vez agotada la instancia previa y obligatoria, ya en la etapa judicial propiamente dicha, e incluso utilizándola (situación que se verifica en las Provincias donde precisamente no hay SECCLO) exclusivamente para la presentación de un acuerdo, y la obtención de su homologación.

“En el ámbito judicial, generalmente un empleado del Juzgado es quien lleva adelante el acto de conciliación. En primer lugar, ilustrará acerca del objetivo de la audiencia, y seguidamente, y para el caso de que perciba la intención de las partes de arribar a un acuerdo, comenzará a tener una charla informal con cada una de las partes, en la medida de lo posible por separado. A cada una de las partes dicho empleado comentará acerca de las ventajas y desventajas del acto conciliatorio y teniendo en cuenta las particularidades del conflicto suscitado. A medida que va transcurriendo el acto de la audiencia el empleado a cargo irá advirtiendo los verdaderos problemas del conflicto, y utilizando alguna táctica tratará de limar asperezas, ya que siempre mediante un acto judicial lo que se trata de conseguir siempre es resolver un conflicto y en definitiva conseguir la paz social”.

Sería deseable, también, y tal como lo hemos apuntado respecto de los Conciliadores, que los empleados judiciales que interviniesen en un acto tan especial como la conciliación laboral, obtuviesen (más allá de que muchos lo tienen, por naturaleza o de manera adquirida) una capacitación suficiente para atender tan particular situación.

“En la mayoría de los conflictos judiciales laborales existe un trasfondo de cuestiones personales, las que, una vez detectadas mediante alguna perspicacia por el empleado conciliador, y tratando de solucionar ellas en primer lugar, inmediatamente, o por lo menos así la experiencia lo indica, las partes se pondrán de acuerdo en el monto de conciliación”.

“Quien interviniera en la homologación de un acuerdo conciliatorio deberá efectuar una evaluación a cerca del cumplimiento de los requisitos legales. Es decir, y para ser más claro, deberá analizar si el trabajador y empleador o bien las partes en un proceso han alcanzado mediante el acuerdo celebrado a una justa composición de los derechos e intereses de las partes”.

“(…) [L]ejos está de ser una tarea sencilla la de realizar una evaluación acerca de si mediante el acuerdo arribado se ha llegado a una justa composición de los derechos e intereses de las partes. Cabría preguntarse entonces, cuáles son los elementos a tener en cuenta para efectuar dicho análisis. La respuesta a tal interrogante, por supuesto,

no puede tener una respuesta única y objetiva, sino por el contrario, dichos elementos dependen de cada caso en particular”.

V. CONCLUSIONES

De la lectura de estos interesantes precedentes, y del análisis en general que se corresponde en relación con este instituto de la conciliación laboral, se desprende sin duda alguna su significativa y urgente importancia, fundamentalmente en lo que hace a la necesidad de que sus protagonistas (partes y abogados, desde ya, y particularmente ese agente tan particular denominado “conciliador”, incluso ya en la órbita interna del juzgado o tribunal que interviniese) ajusten su conducta, capacidades y técnicas, al servicio de la obtención de tan destacable objetivo, como lo es la solución justa y equitativa, por la vía transaccional, de la controversias sobrevinientes a una relación de trabajo.

Desde el rol como funcionaria —secretaria— de un Juzgado Nacional del Trabajo, se observa que la negociación está en todas las tareas que realizamos en el Tribunal al cual pertenezco.

En la atención de Mesa de Entradas donde las personas que concurren están llenas incertidumbre y de inseguridades respecto del trámite a seguir y es el personal del Tribunal el que tiene que mediar para poder desempeñar sus tareas debidamente, los audiencistas por su parte al llevar a su cargo la celebración de las audiencias, donde los litigantes exponen sus posturas y es deber del personal —auxiliar del Juez— contener la situación para el buen desenvolvimiento del acto y la descripción en el acta de todo lo ocurrido a fin de que el Juez pueda evaluar con sana crítica todo lo celebrado en ella. En cuanto al despacho tanto de la traba de *litis*, de la etapa de prueba, del término de sentencia y de la ejecución, es deber del Prosecretario Administrativo poder evaluar a través de las presentaciones de los letrados todo lo que se quiso plasmar en el escrito y teniendo en cuenta el expediente en cuestión.

En varias oportunidades, ocurre que los letrados solicitan hablar con personal como el —arosecretario administrativo/secretario/a— a fin de clarificar sus presentaciones, en muchas ocasiones esto agiliza el despacho del expediente al tomar contacto con el letrado/a de la parte e inclusive la parte personalmente y resolver de la manera más eficiente para la dilucidación del pleito.

Luego de las Jornadas que se celebraron para el Fuero Laboral con relación a la Gestión y Calidad de la Justicia en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, se observó que es necesario mejorar muchas providencias que permitan agilizar el trámite de los procesos y en muchos casos tratar de

acercar a las partes litigantes a fin de lograr un acuerdo conciliatorio beneficioso para ambas partes intervinientes en el pleito.

Creo que, para ello, sería necesaria la capacitación en temas de negociación y mediación del personal de los Juzgados —en todas las categorías— para lograr el acercamiento entre las partes —en algunos casos— distanciados después de una pésima relación de trabajo y peor ruptura del contrato de trabajo.

Sería necesario darle más tiempo a la negociación, un espacio físico en condiciones para lograr este fin, además de brindarle capacitación al personal del Juzgado que sin ser mediador —con título habilitante— tiene que tender a acercar a las partes del proceso para lograr así un acuerdo judicial conveniente para ambos litigantes.

LA NECESIDAD DE NUEVOS CANALES DE COMUNICACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA PRODUCCIÓN Y DEL TRABAJO

Por Claudia Á. Fernández Cornejo

I. EL NUEVO ESCENARIO PRODUCTIVO

El escenario post pandémico, será un nuevo escenario, con ciertas similitudes a las condiciones que dejaron las post guerras del Siglo XX, un escenario donde a ciencia cierta, no tenemos claro con qué nos vamos a encontrar en materia de destrucción económica con la sensible repercusión en la relación trabajador-empleador.

Lo que sí podemos asegurar es que, de modo abrupto, se cambió la habitualidad del contexto sociopolítico que venía transitando nuestra sociedad para agudizarse aún más con la aparición de la peor pandemia de los últimos cien años que tiene en jaque a la humanidad —COVID-19— que está provocando no solo la pérdida de muchas vidas humanas, sino graves problemas económicos y sociales.

En una realidad famélica, rediseñada por la crisis económico financiera y la discapacidad productiva, se suman decretos, resoluciones y protocolos que, si bien resultan necesarios para lograr los fines de preservación propuesta, engrosan el lastre de la economía productiva.

II. EL PANORAMA NORMATIVO

En efecto, cabe señalar aquí que antes de los alarmantes niveles de propagación de la enfermedad y que llevó a la OMS el 01/03/2020 a identificarla como una pandemia mundial, nuestro país ya venía lidiando con un contexto económico-socio-político muy difícil, que llevó a declarar mediante DNU 34/2019 (BO del 13/12/2019) la “Emergencia Pública Ocupacional” por ciento ochenta días, donde se fijó la doble indemnización para los casos de despido sin justa causa en las relaciones laborales existentes con anterioridad al decreto, luego prorrogada hasta el 10/12/2020, llegando a la ley 27.541 (BO del 23/12/2019) de “Solidaridad Social y Reactivación Productiva en el Marco de la Emergencia Pública”, que se fijó como objetivo la reactivación

de la economía argentina, legislación que otorga amplias facultades al PEN para administrar el Estado dentro del marco de lo estatuido en el art. 76 de la CN.

Luego, por DNU 260/2020 (BO del 12/03/2020) se amplía la emergencia pública en materia sanitaria establecida por la ley 27.541 en virtud de la pandemia declarada por la OMS, por el plazo de un año, estableciéndose además por DNU 297/2020 (BO del 19/03/2020) el aislamiento social, preventivo y obligatorio (ASPO) que es prorrogado sucesivamente y que solo libera de la prohibición de circular a las personas que realicen actividades y servicios declarados esenciales para la emergencia.

III. LOS NUEVOS DESAFÍOS Y EL DERECHO DEL TRABAJO

Tal como venimos exponiendo la crisis económica-financiera-ocupacional de nuestro país se agudizó hacia un horizonte problemático que se lo intenta conjurar con una sucesión de decretos de necesidad y urgencia ávidos de reforzar el compromiso y cohesión de toda la sociedad, insuflando su capacidad de resiliencia a la par de la búsqueda e implementación de medidas tendientes a recomponer el tejido social y económico para que el impacto no llegue a niveles calamitosos.

El concierto de sucesos y medidas trajo además, el desarrollo de distintos aspectos de la vida laboral de la comunidad —que sin duda alguna han llegado para quedarse— dentro de un marco con aparición de nuevos valores, de una nueva economía y una globalización en crisis ante la puja y amenazas de autoritarismos de potencias tales como EE.UU., China y toda Europa, con riesgos serios para toda la humanidad, tales como cierres de fronteras “en nombre de la Nación y/o en nombre del apoyo social a los más pobres”; el control social mismo a través de la tecnología digital, esto es, luego de superada la pandemia ¿subsiste la posibilidad de controlar mucho más a la sociedad? ¿Cómo hacer con la palpable contradicción actual entre la economía y las vidas humanas?

En fin, solo algunos de los miles de aspectos detectables en este escenario pandémico y que solo puede hallar freno en la “globalización de la solidaridad” con la mirada ecuménica que hace tiempo vienen reclamando las encíclicas papales (entre otras *Populurm Progressio* y *Pacem in Terris*) esto es, la reafirmación de los derechos y deberes naturales del hombre, abriéndose la colaboración entre personas con distintas ideologías y distintos credos, para construir una mejor sociedad a nivel nacional e internacional.

Todo esto desemboca en un escenario bifronte: la anemia productiva y la necesidad de buscar recursos en tierras áridas, por un lado y el incremento de los costos operativos para atender las obligaciones de prevención

dispuestas por el Estado (“política social”) por el otro, en un mundo donde cambiaron sustancialmente las modalidades de trabajo y sin perder el norte del trabajo decente, esto es, aquel que dignifica y permite el desarrollo de las capacidades del ser humano, concepto introducido allá por el año 1999 por Juan Somavia, primer director general de la OIT. y que posteriormente fuera plasmado también en la “Recomendación sobre el empleo y el trabajo decente para la paz y la resiliencia”, del año 2017 (nro. 205) emitido por ese organismo internacional.

En este escenario de paralización económica, con pérdida del empleo y del ingreso y con empresas que se enfrentan a la quiebra, endurecer las sanciones y exigir resultados sería caer en un error. Nadie puede en un contexto como el pospandémico, asegurar resultados ni predecir posibilidades de respuesta.

La única salida viable es abrir nuevos canales de comunicación, más ágiles y operativos que produzcan consensos y eviten medidas que afecten la estabilidad laboral, las fuentes de trabajo.

Y bien, ante situaciones extraordinarias, soluciones extraordinarias. Lo que quiere decir, transitorias, con un fin concreto, evitar despidos y evitar directivas inviables en tiempos de crisis global.

Sin duda alguna implica un objetivo comunicacional complejo según la situación que se halle cada empresa en particular.

Así habrá algunas encorsetadas en una seria situación de contingencia, donde tienen el foco de atención en sus operaciones financieras ante la caída de los servicios que brindan y en la contención del plantel de sus empleados, que se ven arrastrados también en la crisis empresarial abrupta.

También estarán aquellas que, por explotar en general servicios de tecnología, la crisis les brinda una oportunidad de ampliarlos y mantener su fajina en actividades que sus empleados pueden realizar remotamente, empresas que, dada la situación imperante, se mantienen cerca de las autoridades —y viceversa— para prestar su colaboración.

Por último, podemos citar aquellas empresas que brindan servicios esenciales para la pandemia y por ende el foco de su actividad se direcciona en su comunidad interna, esto es entre otras, el mantenimiento del *staff* de los empleados claves que requieren trabajo presencial, reconociéndolos en su esfuerzo y colaboración, manteniéndolos motivados y maximizando las medidas de protección (distancia entre trabajadores, incrementar los turnos con grupos reducidos, traslado mediante combis de la empresa, entrega de elementos adecuados de protección: mascarillas, barbijos, alcohol en gel, desinfectantes, control periódico de temperatura, etc.).

IV. APORTES Y CONCLUSIONES

Podemos sintetizar así, que el nuevo escenario laboral se recicla con teletrabajo masivo y protocolos de actuación sanitarios obligatorios lo que, tal como adelantáramos, engrosa el lastre de la economía productiva sin dejar de advertir otro gran desafío que se le presenta a las empresas, cual lo es la operatoria a seguir en el mundo laboral pospandemia ante el ineludible e imprevisto cambio de regulación de los derechos laborales por la incorporación de estos nuevos hábitos de trabajo.

En su consecuencia, los nuevos canales de comunicación deberían contemplar la chance de rutinas ceñidas a la propia empresa, esto es, reuniones de trabajadores de la empresa y empresarios, para tratar cuestiones con la celeridad necesaria y tendientes a preservar la supervivencia de esta y por añadidura, la conservación de las fuentes de trabajo.

Considero que cabe analizar este cambio en el paradigma laboral desmitificando la llamada flexibilización laboral, pero no en el sentido común que pueda interpretarse de cambiar los valores tuitivos del derecho del trabajo en su finalidad integradora de priorizar la protección del trabajador dependiente para lograr una genuina y equitativa convivencia entre los grupos comprometidos, sino ver más las virtudes que los defectos e investigarla como una herramienta para sostener el trabajo y no como una herramienta de ahorro para la empresa que, en el actual contexto pandémico, subsisten y retoman la actividad en forma debilitada por cuanto no se cuentan con posibilidades económicas asequibles.

Memoro aquí que la “justicia social” tal como su palabra indica debe aplicarse a todos los integrantes de una sociedad y si bien el concepto históricamente reivindica los intereses del grupo social más débil, no resulta menos cierto que el derecho del trabajo impone derechos y obligaciones para ambas partes de la relación laboral dependiente, por lo cual no es solo derecho de los trabajadores sino también es derecho de los empleadores en cuanto partes de ese contrato de trabajo.

Desde la perspectiva de enfoque señalada, ante el grave debilitamiento de la inversión y del capital, cabe plantearse la posibilidad de una adaptabilidad de los imperativos de la ley laboral frente al cambio medular, que por efectos de la pandemia están transitando las relaciones laborales.

En efecto, el panorama descrito ha provocado una tensión del negocio jurídico que reconoce como epicentro una imposibilidad manifiesta de poder dar cumplimiento a los imperativos legales laborales, con lo cual, endu-recer sanciones, no contribuye al mantenimiento del vínculo laboral por lo que, en este contexto, es de utilidad analizar la posibilidad de ceder con las presiones y ofrecerles un blindaje que no rompa la cadena de trabajo. Los

efectos son los mismos, pero el objetivo no es que la empresa pierda menos dinero, sino que esta siga activa, eso es el significado que cabe imprimirle a la flexibilización que se propone.

Esto en la dinámica del mercado laboral puede lograrse dejando la negociación de las cuestiones macro libradas a los canales formales establecidos para los sindicatos dominantes en la estructura productiva (paritarias) y, en lo atinente al contrato de trabajo individual darle la posibilidad a las partes —con la chance que bajo la atenta mirada del Estado— logren dar solución a los inconvenientes que surjan en la cotidianeidad laboral, esto es, una toma de decisiones descentralizada no verticalista en la relación habida entre trabajador y empleador dentro del lugar de trabajo.

Un claro ejemplo de cómo se manejó el mundo del trabajo en una economía de posguerra es la España franquista, que abarcó desde el fin de la guerra civil en 1939 hasta la muerte del general Francisco Franco en 1975.

En efecto, en lo atinente a cuestiones laborales la filosofía franquista se consagró en el Fuero del Trabajo de 1938, identificándose con un sindicalismo vertical que respondía al modelo corporativo del fascismo italiano, que aglutina a todos los agentes del proceso productivo en cada rama, prohibiendo los sindicatos de clase por lo que prácticamente quedaba nula toda posibilidad de acuerdos; y con un implacable control de los salarios por parte de la política dictatorial imperante.

Ahora bien, la evolución de la economía española durante la posguerra fue catastrófica, el poder adquisitivo del salario cayó estrepitosamente como consecuencia del congelamiento del salario nominal y una inflación galopante llegando el valor de este en 1950 a tan solo la mitad del que poseía en 1936; lo que trajo aparejada la caída del consumo y de la productividad con la consiguiente destrucción del ahorro e inevitable desocupación y quiebre de las fuentes de trabajo.

Es así que, ante ese panorama desolador, el rígido paradigma del régimen franquista tuvo que ceder liberando parcialmente la fijación del salario y la contratación mejorando los mecanismos de diálogo que pasó de un sindicalismo vertical a una horizontalidad en la negociación que permitía cierto grado de participación directa de los interesados.

Esta etapa de la historia española fue previa al período que le sigue, que fue “El Plan nacional de Estabilización Económica de 1959” de ajuste estructural del FMI que permitió a España integrar la Organización Europea para la Cooperación Económica (OECE) como miembro de pleno derecho y que sentó las bases de un amplio crecimiento económico, caracterizado por una industrialización sostenida con aumento de la productividad y del empleo, etapa que está marcada en la historia como la edad de oro de la economía española.

Urge un nuevo contrato, más flexible y con ponderación bifocal de situaciones concretas. Una mirada que trascienda la solidez impertérrita del normativismo impermeable, mucho más casuístico y comprensible, más cerca de la realidad y despojado de postulados traumáticos. ¿La razón?, no es más que una de las más sensibles, que ha motorizado todos los esfuerzos de décadas de laborismo normativo, la estabilidad laboral. Existe un juego binario que, hasta estos días, destacó que no existe empresa sin fuerza laboral. El espíritu de esta nueva época de excepcionalidad aplastante debe conjugar junto con dicha premisa, su opuesta reflectiva, tampoco habrá trabajo, sin empresa.

PREVENCIÓN Y TELETRABAJO

Por Mónica A. Copani

I. INTRODUCCIÓN

El propósito de esta publicación es la reflexión, conocimiento y estudio de la prevención de los riesgos del trabajo en el teletrabajo y la difusión de la normativa para atender la salud de los trabajadores y de las trabajadoras apoyando la cultura de la prevención en términos de la Organización Internacional del Trabajo.

II. PREVENCIÓN. CONDICIONES DE TRABAJO Y TELETRABAJO

Con este objetivo, para proteger a los trabajadores contra los accidentes y enfermedades que pueden surgir como consecuencia del trabajo que realizan dentro o fuera del espacio físico de la empresa, se establecen medidas de seguridad y salud en el trabajo, para prevenir accidentes y enfermedades a través del mejoramiento de sus condiciones de trabajo y el control de los factores de riesgo presentes en el medio ambiente en el que realizan sus tareas.

Se señala que las condiciones de trabajo y el medio ambiente de trabajo forman una entidad compleja debido a las interrelaciones entre distintos factores (físicos, climáticos, económicos, sociales, culturales, etc.), disciplinas o técnicas (la higiene, la medicina del trabajo, la seguridad industrial, la ergonomía, la psicología, entre otros) y los aspectos de la vida de los trabajadores (personales, familiares y de la vida social) ⁽¹⁾.

En la actualidad nos enfrentamos a notables cambios en ámbitos como la tecnología de la información y la organización del trabajo, que muestra una modalidad de un contrato o relación de trabajo: el teletrabajo o trabajo a distancia.

(1) RODRÍGUEZ, Carlos Anibal, "Los Convenios de la OIT sobre seguridad y salud en el trabajo: una oportunidad para mejorar las condiciones y el medio ambiente de trabajo", Centro Internacional de Formación de la OIT, 2009, 1ª ed., p. 23 y ss.

El trabajo realizado bajo esta modalidad no es nuevo pero se ha incrementado durante la pandemia del COVID-19, muchas empresas piden a sus trabajadores que, temporalmente, trabajen desde sus domicilios a fin de reducir el riesgo de contagio y minimizar la propagación del virus, tanto en el sector público como en el privado, excepto quienes presten servicios esenciales para los que se han adoptado diversas medidas de prevención y la aplicación de protocolos para asegurar la higiene y seguridad en el ámbito laboral para la prevención y atención del COVID-19 ⁽²⁾.

El teletrabajo a través de la tecnología de la información y de la comunicación va a continuar en la pospandemia, y el trabajo realizado en malas condiciones de trabajo podrían afectar el bienestar físico y mental de trabajadores y trabajadoras, que pueden contribuir a accidentes y enfermedades, baja productividad, estrés, fatiga.

La Organización Mundial de la Salud (OMS), establece tres niveles de prevención:

- a) Prevención primaria: de eliminar, aislar, sustituir y proteger al trabajador, intentando que el peligro no se convierta en un riesgo.
- b) Prevención secundaria: las acciones de control de la salud de los trabajadores para hacer una detección temprana de los posibles daños a la salud, por ejemplo, en la Argentina a través de los exámenes médicos periódicos.
- c) Prevención terciaria: cuando sufre un accidente o enfermedad laboral se lo debe curar o rehabilitar.

La normativa nacional e internacional contempla que los problemas de salud relacionados con el trabajo son susceptibles de prevención por definición, dado que sus factores determinantes se encuentran precisamente en las condiciones de trabajo. Se destaca que es importante considerar que los accidentes y enfermedades del trabajo provocados por las malas condiciones laborales son el fracaso de la prevención ⁽³⁾.

III. EFECTOS EN LA MODALIDAD DE TELETRABAJO

En la práctica el problema que presenta el teletrabajo es la flexibilidad horaria que puede acarrear enfermedades como el “tecnoestrés”, las horas de trabajo flexibles pueden convertirse en horas de trabajo excesivas sin

(2) OIT, “Seguridad y salud en el trabajo frente a la pandemia”, Mesa virtual de diálogo de OIT en América Latina, 2020, p. 7.

(3) Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social; Ministerio de Educación; Instituto Nacional de Educación Tecnológica, Oficina de País de la OIT para la Argentina, “Salud y Seguridad en el Trabajo (SST). Aportes para una cultura de la prevención”, Buenos Aires, 2014, 1ª ed., p. 21.

descansos, que continúan durante la noche, lo que conlleva riesgos asociados de insomnios, ansiedad, angustia, fatiga visual, etc. Esta flexibilidad horaria puede acarrear enormes conflictos si no se establecen pautas claras en cuanto a la administración del tiempo de trabajo, sus rendimientos y, particularmente, en relación con el derecho de desconexión.

Ya sea que fuera la empresa la que toma la iniciativa o si es el trabajador quien requiere iniciarse en la modalidad de teletrabajo, es conveniente considerar la aptitud individual, psíquica y social para el teletrabajo, así como las funciones y característica del puesto que desempeña la persona empleada para prevenir estos riesgos en resguardo de la salud psicofísica del trabajador y por el principio de indemnidad. Establecer límites entre el trabajo remunerado y la vida personal puede ser particularmente difícil cuando se trabaja desde el domicilio, especialmente para las mujeres, que siguen asumiendo las principales responsabilidades del trabajo no remunerado en el hogar, incluido los cuidados de hijos, de padres de edad y/o de familiar enfermo, y las tareas domésticas ⁽⁴⁾.

Los trabajadores que realizan sus tareas mediante la modalidad de teletrabajo pueden también enfrentarse a algunos riesgos relacionados con el entorno doméstico, que no siempre se cumple con las mismas normas de salud y seguridad que las que observan en los lugares físicos de trabajo. Es posible, que el escritorio, la silla y otros accesorios no sean de una calidad igual a la de la oficina y además el entorno físico por el frío o el calor, la iluminación, etc., pueden no ser adecuados ⁽⁵⁾.

La información, la formación y la comunicación desde la empresa (con los gerentes, supervisores, jefes directos, compañeros de trabajo y la organización en su conjunto) a través del teléfono, la web, o el correo electrónico con los trabajadores y las trabajadoras son fundamentales para garantizar la aplicación de medidas preventivas y que se lleven a la práctica, dado el riesgo real de aislamiento social que se asocia con el teletrabajo.

Todas las partes necesitan tener expectativas claras sobre el resultado que se espera que logren los trabajadores, sus tareas, sus condiciones de trabajo, las horas de contacto y la forma de supervisar y debatir los progresos, siendo fundamental establecer reglas básicas claras sobre cuándo los trabajadores están o no disponibles para trabajar, y respetar esas reglas, aun así, la posibilidad de desconectarse del trabajo en horas específicas reservadas para el descanso y la vida personal ⁽⁶⁾.

(4) OIT, "Frente a la pandemia: Garantizar la Seguridad y Salud en el Trabajo", Ginebra, 2020, p. 24 y ss.

(5) *Ibidem*.

(6) *Ibidem*.

IV. LA LEGISLACIÓN NACIONAL E INTERNACIONAL

La Constitución Nacional Argentina protege la salud de las personas en general, y de manera particular en relación con nuestro tema se observa la obligación constitucional en su art. 14 bis, que contempla los derechos sociales, cuando señala que el trabajo en sus diversas formas debe gozar de la protección de las leyes, y se debe asegurar al trabajador, entre otros, “condiciones dignas y equitativas de labor”, “jornada limitada”, “descansos y vacaciones pagados”.

También podemos encontrar normas internacionales en los tratados sobre derechos humanos, del art. 75, inc. 22 de la CN, con jerarquía constitucional a partir de la reforma del año 1994.

Por su parte entre los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), se encuentra:

a. El Convenio N° 155, sobre Seguridad y Salud de los Trabajadores, en su art. 4° se establece que todo miembro deberá, en consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, poner en práctica y reexaminar periódicamente una política nacional de seguridad y salud en el trabajo cuyo objeto será “prevenir los accidentes y los daños para la salud que sean consecuencia del trabajo, guarden relación con la actividad laboral o sobrevengan durante el trabajo, reduciendo al mínimo, en la medida en que sea razonable y factible, las causas de los riesgos inherentes al medio ambiente de trabajo”.

Se dirige centralmente a la definición de políticas. Incorpora el derecho de los trabajadores de interrumpir la tarea en caso de peligro grave o inminente.

Asimismo, se dispone que el control de la aplicación de las leyes y de los reglamentos relativos a la seguridad, la higiene y el medio ambiente de trabajo que deberá estar asegurado por un sistema de inspección apropiado y suficiente y prever sanciones adecuadas en caso de infracción de las leyes o de los reglamentos.

Una de las características más importante de una cultura preventiva en materia de seguridad e higiene en el trabajo tiene que ver directamente con la preparación adecuada de los teletrabajadores (capacitación y adiestramiento) que les permita desarrollar el trabajo de manera eficaz y eficiente disminuyendo y erradicando la probabilidad de sufrir alguna enfermedad o accidente.

Por su parte, el art. 3° de la recomendación OIT 164, consagra el “principio consistente en dar prioridad a la supresión de los riesgos en su origen”. A los efectos de la presente Recomendación, la expresión lugar de trabajo

abarca todos los sitios donde los trabajadores deben permanecer o adonde tienen que acudir por razón de su trabajo, y que se hallan bajo el control directo o indirecto del empleador (inc. c). Asimismo, el término salud, en relación con el trabajo, abarca no solamente la ausencia de afecciones o de enfermedad, sino también los elementos físicos y mentales que afectan a la salud y están directamente relacionados con la seguridad e higiene en el trabajo (inc. d).

Entre las obligaciones de los empleadores se encuentra la de proporcionar lugares de trabajo, maquinaria y equipos y utilizar métodos de trabajo que, en la medida en que sea razonable y factible, sean seguros y no entrañen riesgos para la seguridad y la salud de los trabajadores y asegurarse de que la organización del trabajo, particularmente en lo que atañe a la duración del trabajo y a los períodos de descanso, no cause perjuicio a la seguridad y la salud de los trabajadores; tomar todas las medidas razonables y factibles con miras a eliminar toda fatiga física o mental excesiva. Las medidas adoptadas el nombramiento, conforme a la práctica nacional, de delegados de seguridad de los trabajadores, de comités obreros de seguridad e higiene o de comités paritarios de seguridad e higiene, o de estos dos últimos a la vez; en los comités paritarios, los trabajadores deberían tener una representación por lo menos igual a la de los empleadores.

b. También el Convenio 187 de la OIT, sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo, en el art. 1° define a la “cultura nacional de prevención”, en materia de seguridad y salud como “aquella en la que el derecho a un medio ambiente de trabajo seguro y saludable se respeta en todos los niveles, en la que el gobierno, los empleadores y los trabajadores participan activamente en iniciativas destinadas a asegurar un medio ambiente de trabajo seguro y saludable mediante un sistema de derechos, responsabilidades y deberes bien definidos, y en la que se concede la máxima prioridad al principio de prevención”.

Entre los objetivos del Convenio está el de promover la mejora continua de la seguridad y salud en el trabajo con el fin de prevenir las lesiones, enfermedades y muertes ocasionadas por el trabajo mediante el desarrollo de una política, un sistema y un programa nacionales, en consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores. El diálogo social entre trabajadores, empleadores y el estado.

c. Además, hay otros convenios de la OIT que revisten importancia en relación con los cambios en el mercado de trabajo a raíz de la propagación de las tecnologías de la información y la comunicación, como el Convenio 177, sobre trabajo a domicilio, que promueve la igualdad de trato entre los trabajadores a domicilio y los otros trabajadores asalariados, y promueve fomentar la protección en materia de seguridad y salud en el trabajo.

A nivel nacional, el objetivo de la Ley sobre Riesgos del Trabajo 24.577 del año 1995 (LRT), en su art. 1º, establece: a. Reducir la siniestralidad laboral a través de la prevención de los riesgos derivados del trabajo; b. Reparar los daños derivados de accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales, incluyendo la rehabilitación del trabajador damnificado; c. Promover la recalificación y la recolocación de los trabajadores damnificados; d. Promover la negociación colectiva laboral para la mejora de las medidas de prevención y de las prestaciones reparadoras. Asimismo, la legislación obliga a las empresas a contar con un servicio de medicina del trabajo y uno de higiene y seguridad en el trabajo.

Se establece que los empleadores, los trabajadores y las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo (ART) están obligados a adoptar las medidas legalmente previstas para prevenir eficazmente los riesgos del trabajo. Las partes deberán asumir compromisos concretos de cumplir con las normas sobre higiene y seguridad en el trabajo que podrán adoptarse en forma unilateral, formar parte de la negociación colectiva, o incluirse dentro del contrato entre la ART y el empleador. Además, la ley 19.587 sobre Higiene y Seguridad en el Trabajo.

Como eximentes de responsabilidad del empleador se establece que están excluidos de la LRT: Los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales causadas por dolo del trabajador o por fuerza mayor extraña al trabajo y las incapacidades del trabajador preexistentes a la iniciación de la relación laboral y acreditada en el examen preocupaciones.

V. TELETRABAJO: IMPACTO EN LA VIDA LABORAL Y FAMILIAR

La modalidad de teletrabajo tiene ventajas que supone este tipo de organización del trabajo tanto para las empresas como para el propio trabajador o trabajadora. Efectivamente es una modalidad acotada a una serie de actividades laborales que permiten el desempeño de su labor lejos de la empresa.

Entre los factores que favorecen el teletrabajo se supone una mejora en la armonización de vida laboral y personal del trabajador o trabajadora, mayor autonomía, reducción de los accidentes laborales, especialmente accidentes de tránsito al no tener que trasladarse al lugar físico de la empresa.

Se señala que se observa alto grado de satisfacción por la posibilidad de realizar actividades personales y familiares antes vedadas (llevar a los hijos a la escuela, concurrir a un gimnasio, salir a caminar, etc.). Son importantes también los comentarios sobre reacciones y comportamientos del lado fa-

miliar para comprobar la manera como se amoldó la familia del trabajador bajo esta modalidad de teletrabajo a la nueva situación ⁽⁷⁾.

Pero también trabajar desde la casa puede provocar efectos riesgosos en la práctica —como se ha señalado— por la flexibilidad horaria que puede acarrear enfermedades como el “tecnoestrés” y de allí el derecho a la desconexión digital a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo, el respeto de su tiempo de descanso, licencias y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar, tal como se establece en la Ley Orgánica 3/2018, sobre Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales español ⁽⁸⁾.

El Convenio 156 de la OIT sobre la “igualdad de oportunidades y de tratado entre trabajadoras y trabajadores: Trabajadores con responsabilidad familiares”, ratificado por la Argentina en marzo de 1988, se aplica a los trabajadores y a las trabajadoras con responsabilidades hacia los hijos a su cargo y otros miembros de su familia directa que necesiten su cuidado o sostén, cuando tales responsabilidades limiten sus posibilidades de prepararse para la actividad económica y de ingresar, participar y progresar en ella y sin ser objeto de discriminación.

La inclusión de cláusulas relacionadas con las responsabilidades familiares en la negociación colectiva es fundamental para avanzar en la cobertura y ampliación de los derechos y beneficios previstos por la ley e instituir nuevos derechos”. Para verificar la correcta aplicación de las normas en materia de salud y seguridad en el caso de teletrabajo en el domicilio, el empresario, los representantes de los trabajadores y/o las autoridades competentes tendrían acceso al lugar del teletrabajo, previa notificación y consentimiento previo del trabajador o trabajadora y con los límites de la legislación, los Convenios Colectivo de Trabajo o reglamentos de empresa. Este tiene también derecho a solicitar visitas de inspección. Se recomienda que las empresas cuenten con métodos para evaluar las condiciones en que se desarrolla la tarea diaria en el domicilio de los teletrabajadores, respetando el derecho a la privacidad e intimidad del teletrabajador y su familia ⁽⁹⁾.

Entonces, el teletrabajo debe estar protegido igual que el trabajo presencial, sin diferencia de los principios protectores fundamentales para todos los trabajadores, pues es una modalidad de trabajo más, como el tra-

(7) OIT, “Manual de Buenas Prácticas en Teletrabajo”, Oficina Internacional del Trabajo. Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, Unión Industrial Argentina, Buenos Aires, 2011, 1ª ed., p. 26 y ss.

(8) Art. 88, inc. 1º, Ley Orgánica nro. 3/18. “Derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral. 1. Los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la desconexión digital a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar”.

(9) OIT, “Manual de Buenas Prácticas en Teletrabajo”, ob. cit.

bajo presencial. No altera la relación jurídica del teletrabajador, y por ende tampoco los derechos y obligaciones de las partes, previstas en las normas y convenios colectivos de trabajo. El cambio de una modalidad a otra no puede causar perjuicio alguno al trabajador. Habrá adaptaciones y variaciones que considerar y consensuar entre las organizaciones empleadoras y sindicales, en función de las características propias, específicas del teletrabajo y en el marco del diálogo social.

Las medidas de prevención y control deben ser prioritarias. Es fundamental el cumplimiento de la normativa, y la negociación colectiva y su producto el convenio colectivo de trabajo es el instrumento adecuado para incorporar cláusulas, reforzar y ampliar beneficios sobre el cuidado de la salud de los trabajadores y trabajadoras mediante la modalidad de teletrabajo, e impulsar la justicia social.

VI. BIBLIOGRAFÍA

“Frente a la pandemia: Garantizar la Seguridad y Salud en el Trabajo”, OIT, Ginebra, 2020.

https://www.ilo.org/global/topics/safety-and-health-at-work/events-training/events-meetings/world-day-safety-health-at-work/WCMS_741832/lang-es/index.htm

“Manual de Buenas Prácticas en Teletrabajo”, Oficina Internacional del Trabajo. Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, Unión Industrial Argentina, Buenos Aires, 2011, 1ª ed.

https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-buenos_aires/documents/publication/wcms_bai_pub_143.pdf

RODRÍGUEZ, Carlos Aníbal, “Los Convenios de la OIT sobre seguridad y salud en el trabajo: una oportunidad para mejorar las condiciones y el medio ambiente de trabajo”, Centro Internacional de Formación de la OIT, 2009, 1ª ed.

“Salud y Seguridad en el Trabajo (SST). Aportes para una cultura de la prevención”, Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social; Ministerio de Educación; Instituto Nacional de Educación Tecnológica, Oficina de País de la OIT para la Argentina, Buenos Aires, 2014, 1ª ed., p. 21. https://www.ilo.org/Search5/search.do?searchWhat=salud+y+seguridad+en+el+trabajo+%28SST%29+Aportes&locale=es_ES

“Seguridad y salud en el trabajo frente a la pandemia”, Mesa virtual de diálogo de OIT en América Latina, 2020.

LA RESPONSABILIDAD DE LAS ART ANTE LA APARICIÓN DEL COVID-19

Por Norma N. Murúa

I. EL COVID-19: ENFERMEDAD PROFESIONAL, ENFERMEDAD INCULPABLE O ENFERMEDAD LABORAL NO LISTADA

En nuestro país, la pandemia impacta en el sistema de riesgos del trabajo en la cobertura del COVID-19 conforme lo establecido en el DNU 367/2020 y en todos los aspectos de la civilización actual.

El DNU 367/2020, determina presuntivamente a la infección del COVID-19 como enfermedad laboral no listada para los trabajadores de actividades esenciales, con un procedimiento especial de cobertura para los trabajadores de la salud, que se activa a partir de un diagnóstico positivo de coronavirus, mediante el cual las ART brindan la cobertura prevista en el sistema de riesgos del trabajo con cargo al Fondo Fiduciario de Enfermedades Profesionales.

De un primer análisis se puede interpretar que, en dicha norma, el COVID-19 no entraría dentro de la definición de accidente que contempla el art. 6°, inc. 1° de la ley 24.557.

En dicha norma se define al accidente de trabajo como: “[T]odo acontecimiento súbito y violento ocurrido por el hecho o en ocasión del trabajo, o en el trayecto entre el domicilio del trabajador y el lugar de trabajo, siempre y cuando el damnificado no hubiere interrumpido o alterado dicho trayecto por causas ajenas al trabajo”, lo cual el contagio del COVID-19 no puede ser considerado accidente por no reunir las características contempladas en dicho artículo.

Tampoco entraría el COVID-19 como enfermedad profesional, pues el art. 6°, inc. 2° a) de la ley 24.557 define a las enfermedades profesionales como aquellas que se encuentran incluidas en el listado que elaborará y revisará el Poder Ejecutivo, conforme al procedimiento del art. 40, apar. 3° de la presente ley.

Teniendo en cuenta lo expuesto en el primer párrafo, puedo interpretar que el coronavirus puede ser incluido como una enfermedad profesional, ya que no constituiría un riesgo de ninguna actividad.

No obstante, considero que un trabajador exento de la cuarentena que se infectó por el virus en ocasión de su trabajo, tendría que poder reclamar mediante el procedimiento administrativo creado para ello y que dicho contagio fuera considerada enfermedad profesional, si bien la decisión quedará a criterio de las Comisión Médica entiendo que el contagio se produjo como consecuencia de las prestaciones laborales que realizó en su trabajo.

Esta situación sería más conveniente para el empleador, ya que en esos casos será la ART quien deberá afrontar con el pago de las remuneraciones y el seguimiento del tratamiento médico, además de futuros reclamos de posibles casos de incapacidad.

Conforme a lo expuesto, creo que debemos tener presente y no olvidar que las ART son empresas, que muchas veces forman parte de grandes grupos económicos, cuya función es la obtención de un rédito económico de su labor.

En consecuencia, es difícil que las ART acepten incluir al coronavirus como una enfermedad profesional ante los numerosos reclamos que se producirían si la pandemia creciera y se extendiera durante un largo tiempo.

II. PREVENCIÓN EN EL LUGAR DE TRABAJO

El art. 75 de la LCT establece que el empleador es el principal responsable de proteger la seguridad psicofísica de sus trabajadores.

En dicha norma se expresa que el empleador debe hacer observar las pautas y limitaciones a la duración del trabajo establecidas en la ley y demás normas reglamentarias, y adoptar las medidas necesarias para tutelar la integridad psicofísica y la dignidad de los trabajadores.

También el DNU 297/2020 en su art. 6°: "...[E]stablece que los empleadores y empleadoras deberán garantizar las condiciones de higiene y seguridad establecidas por el Ministerio de Salud para preservar la salud de las trabajadoras y de los trabajadores".

La res. SRT 29/2020 del 21/03/2020, ordena a las Aseguradoras de Riesgo de trabajo el deber de publicar y distribuir un afiche, que sus asegurados —empresas— deberán exhibir obligatoriamente en sus establecimientos, para afrontar la pandemia y prevenir el contagio del coronavirus.

Por su lado el Ministerio de Trabajo de la Provincia de Buenos Aires, ha dictado la res. 135/2020, que obliga a los empleadores a realizar un proto-

colo de higiene de salud en el trabajo en el que se deberá incluir normativa respecto al lavado de manos, la provisión y utilización del alcohol en gel para las manos, ventilación del lugar de trabajo, etc. El incumplimiento de tal resolución será considerado falta grave por los empleadores.

Por último —reitero— el DNU 367/2020 en su art. 1° establece: “... La enfermedad COVID-19 producida por el coronavirus SARS-CoV-2 se considerará presuntivamente una enfermedad de carácter profesional —no listada— en los términos del ap. 2° inc. b) del art. 6° de la ley 24.557...”.

Conforme con lo expuesto en el párrafo anterior las ART no podrán rechazar la cobertura ante dichas enfermedades y deberán brindar las prestaciones previstas en la ley 24.557.

Considero importante resaltar también que el art. 3° del antes mencionado DNU establece: “La determinación definitiva del carácter profesional de la mencionada patología quedará, en cada caso, a cargo de la Comisión Médica Central (CMC) establecida en el art. 51 de la ley 24.241...”.

Tampoco podemos dejar de mencionar el art. 4° del DNU en cuestión, respecto de los trabajadores de la salud, ya que expresa que la enfermedad COVID-19 en estos sectores de trabajadores guarda relación directa e inmediata con el trabajo realizado, salvo que se demuestre lo contrario.

Es decir que la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, será quien establecerá las condiciones y modalidades requeridas para proceder al reintegro de erogaciones realizadas por la ART.

III. PROCEDIMIENTO Y CAPACITACIÓN DE LAS ART

En primer lugar, las ART deben brindar cobertura a los trabajadores afectados por el coronavirus, desde que se confirma el diagnóstico positivo del trabajador y a partir de allí se desencadena la cobertura prevista en la ley.

Además, hoy la prevención es esencial, no debemos relajarnos.

También la capacitación es fundamental para los operadores que atienden emergencias, estas se realizan desde la plataforma de capacitación que tiene la Fundación Iberoamericana de Salud y Seguridad Ocupacional (FISO).

Algunos sectores económicos y empresas han implementado de forma inmediata de modalidades de trabajo a distancia y/o teletrabajo, los cuales no están exentos de riesgos laborales por lo cual requieren la adopción de medidas preventivas.

Esta modalidad de trabajo no es aplicable en numerosas actividades, en las cuales los trabajadores siguen asistiendo en forma presencial los que los hace más vulnerable al contagio.

Por tal motivo las medidas de control y prevención deben ser prioritarias para proteger a los trabajadores del coronavirus y evitar nuevos contagios.

Las empresas deben tener a su cargo la gestión de la seguridad y salud de los trabajadores que se exponen al virus en su lugar de trabajo.

Las medidas de prevención y protección son: aplicación de estrictos protocolos de trabajo (medidas higiénicas y de sanitización), uso de equipos de protección personal, adecuados y suficientes, diseño de los puestos de trabajo.

Principalmente se debe prestar mayor cuidado al personal de la salud que se encuentren en primera línea con alto grado de exposición, trabajadores de las cadenas de abastecimiento de productos y servicios esenciales.

IV. INSPECCIONES LABORALES

Las inspecciones laborales son esenciales para cumplir con la normativa, sus funciones de asesoramiento de empleadores y trabajadores.

Esta situación —pandemia— está generando graves problemas de salud mental (depresión por aislamiento, temor a perder emprendimiento, estrés por sobrecarga de trabajo, inseguridad respecto al futuro de su trabajo, miedo al contagio etc.).

También desigualdad de género, ya que las mujeres como consecuencia de la pandemia enfrentan una doble carga (turnos más largos en el trabajo y el trabajo doméstico).

Por último, no puedo suponer ningún tipo de discriminación, exclusión o estigmatización por el contagio de las personas o de sus familiares, principalmente en su empleo o en el mantenimiento o búsqueda de nuevos emprendimientos.

Finalmente, las normas internacionales del trabajo, referentes a la seguridad y salud en el trabajo son muy importantes para revisar los derechos y deberes de los trabajadores frente a la crisis provocada por la pandemia.

Las normas de principal interés son: el convenio N° 155 (seguridad y salud de los trabajadores), el convenio N° 161 (servicios de salud en el trabajo) y el convenio N° 187 (marco promocional de la Seguridad y Salud en el Trabajo).

El convenio N° 155 establece que en la medida que sea razonable y factible el empleador debe adoptar las medidas de prevención y protección para reducir los riesgos profesionales, suministrar ropas y equipos de protección apropiados. Dicha norma reconoce que, en caso de peligro inminente y grave, si el empleador no toma medidas correctivas no podrá exigir de los trabajadores que reanuden el trabajo.

Por su parte los trabajadores deben cooperar con el empleador para el cumplimiento de las obligaciones preventivas, acatando las medidas de seguridad y utilizando los dispositivos de seguridad.

V. MEDIDAS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LOS LUGARES DE TRABAJO

Teniendo en cuenta esta crisis sin precedentes en el mercado y en la economía de trabajo, la OIT propone teniendo como base a las Normas Internacionales del Trabajo un marco de políticas organizadas en cuatro pilares fundamentales: i) estimular la economía y el empleo; ii) apoyar a las empresas, el empleo y los ingresos; iii) proteger a los trabajadores en el lugar de trabajo; y iv) buscar soluciones mediante el diálogo social para promover el respeto de los derechos laborales, estimular la actividad económica y apoyar el empleo considerando las áreas urbanas y rurales.

Para apoyar esta situación de crisis sanitaria, activación productiva y recuperación económica la OIT pone a disposición de los actores del mundo de trabajo, los siguientes instrumentos: i) Nota informativa de la Mesa de Diálogo “Seguridad y salud en el trabajo frente a la pandemia”; ii) Informe global de la OIT “Frente a la pandemia: garantizar la seguridad y salud en el trabajo”, iii) Observatorio de la OIT, 1 ed.; y iv) “El COVID-19 y el mundo del trabajo: Repercusiones y respuestas”.

VI. LA LRT Y LOS DERECHOS HUMANOS

Cuando se habla de derechos humanos, se está haciendo referencia a los derechos del hombre como persona que es tal como consecuencia de la existencia que se desgranar y vienen, en un mundo tridimensional como el de Goldschmidt, desde el estamento de los valores y se insertan en el normativo, para finalmente tener vigencia en el orden de la realidad.

Por eso, el propio Goldschmidt enseñaba que el principio primario del valor justicia consiste en facilitar el desarrollo de la personalidad humana, y de esa manera, estaba explicando la razón de ser de los derechos humanos.

Esos derechos que son derechos subjetivos, refiriéndonos a ellos como posibilidad de exigir o potestad y frente a estos nos encontramos con otros

sujetos completos de obligaciones que responden a la típica trilogía clasificatoria de los romanos (dar-hacer-no hacer).

Es necesario que vinculado con ello debemos destacar que en nuestro país existe un orden jurídico supranacional, en el que pueden distinguirse:

- a. Ordenamiento que tienen un órgano judicial supranacional de aplicación, como es el Pacto de San José de Costa Rica.
- b. Los tratados de integración autorizados por el inc. 24 del art. 75 de la CN, pero carecen de tribunal supranacional, sin perjuicio de que con el tiempo lleguen a tenerlo.
- c. Los tratados de derechos humanos incorporados por el art. 75, inc. 22 de la CN, que tampoco tienen tribunal supranacional.
- d. Normas supranacionales, por ejemplo, normas del medio ambiente.

Toda esta normativa no es solo derecho supranacional, sino también derecho interno de aplicación inmediata y de nivel constitucional.

De esta forma la legislación interna anterior que sea opuesta a esta normativa ha quedado derogada y toda legislación interna contraria y posterior es ineficaz.

Es decir, ese respetuoso sometimiento debe existir en las medidas legislativas, en los actos administrativos y en el dictado de las sentencias que suplan la posible falencia legislativa.

Entonces dicha obligación de sometimiento a la normativa supranacional es no solo del legislador, sino también de los jueces.

Es importante resaltar que estos derechos son de interpretación extensiva y funcionan como garantía de razonabilidad como parte del debido proceso en derecho sustantivo.

VI.1. Fuentes

En cuanto a las fuentes de los derechos humanos, debemos tener en cuenta que en el ámbito normológico hay que considerar las normas escritas y las no escritas.

En este sentido las fuentes son la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales, la legislación infraconstitucional propia de cada país, el derecho consuetudinario y el derecho que nos brinda la jurisprudencia o como lo llama Bidart Campos “el derecho judicial”.

VI.2. Caracteres

- a. Principio de irreversibilidad, es decir que una vez que cada uno de ellos se integra al sistema de derecho del país, no se los puede derogar ni excluir del mundo jurídico normativo.
- b. Mínimos y subsidiarios, no se contradicen con la progresividad. Por el contrario, no se puede disminuir y que, en la ausencia de otros derechos necesarios, ellos se trasladan a donde se los requieren para cubrir cualquier laguna.
- c. Retroalimentación, siempre están en busca de la norma más beneficiosa.
- d. Integran un rango normativo superior, que hace que inclusive la Constitución Nacional deba ser interpretada con ellos.

Estos caracteres buscan la maximización del sistema de derechos, en un interés de crear un plexo normativo sin vacíos, por tal motivo si se los quiere hacer desaparecer se ubican en el art. 33 de la CN, el que expresa: “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serían entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.

VI.3. La ART y los derechos humanos

En primer lugar, observo que no se encuentra en la doctrina ni en las normas, una enumeración taxativa de los derechos humanos.

Se encuentran miles de definiciones que pueden encontrarse en los diferentes textos, pero hay una que me llamo la atención y es la del jurista Peces-Barba, quien habla de derechos subjetivos fundamentales y los explica de esta forma: “Facultad que la norma atribuye de protección a la persona en lo referente a su vida, a su libertad, a la igualdad, a su participación política o social, o cualquier otro aspecto fundamental que afecte a su desarrollo integral como persona, en una comunidad de hombres libres, exigiendo el respeto de los demás hombres, de los grupos sociales y del Estado, y con posibilidad de poner en marcha el aparato coactivo del Estado en caso de infracción”.

Teniendo en cuenta este concepto, me encamina a pensar la vinculación de las ART con los derechos humanos y si son respetados por estas.

En mi opinión entiendo que con la incorporación jerárquica de tratados internacionales que hizo la Constituyente en 1994, se desprende la existencia de muchos derechos que podrían tener relación con las ART.

Entre esos derechos podemos encontrar: la igualdad ante la ley; la preservación de la salud y el bienestar; trabajo y una justa retribución; seguridad social; reconocimiento de los derechos civiles; a la no discriminación; a su integridad física, psíquica y moral; a la protección judicial; al reconocimiento de la personalidad jurídica; a la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad.

Teniendo en cuenta estos derechos, debemos estar atentos y analizar que medios legales puede tener un trabajador si alguno de estos derechos es afectado por la LRT.

En ese sentido tenemos que considerar que todos esos derechos son de raigambre constitucional pertenecientes al sistema de derechos humanos de igual jerarquía que la Constitución Argentina.

VII. CONCLUSIONES

En principio considero que tanto los trabajadores, empleadores (principalmente) y las ART deben actuar con sentido común y ser solidarios, frente a los efectos nocivos del coronavirus, no solo basándose en los protocolos (muy necesarios) en normas y recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo.

Personalmente espero de todos ellos una conducta propia por tener una responsabilidad individual o colectiva que utilizada de manera no apropiada puede no lograr neutralizar, bloquear o impedir los contagios.

Considero que las licencias obligatorias (que deben ser respetadas por todos los empleadores a favor de sus trabajadores), la cuarentena (que debe ser respetada por toda la población), las medidas para proteger los casos de mayor vulnerabilidad (que no deben ser cuestionadas por los empleadores a sus trabajadores, ya que estas se basan en Decretos de Necesidad y Urgencia que muchos empleadores no respetan) y otros recursos utilizados por el Poder Ejecutivo para hacer frente al COVID-19, son medios idóneos y necesarios para frenar los contagios, siempre que se cumplan.

A los trabajadores se les puede asignar teletrabajo o *home office*, la licencia y asistencia por enfermedad inculpable a cargo de las obras sociales, las sindicales y las de personal de dirección, y las empresas prepagas de salud que deberán atender los contagios, tratamiento y rehabilitación de los enfermos.

Estamos en presencia de una emergencia similar a la epidemia de la Gripe A, pero con un escenario diferente, más complejo que requiere muchos recursos y la colaboración de todos nosotros, principalmente de todos los Gobernantes, empleadores, trabajadores, sindicatos, ART, etcétera.

Entiendo que nos encontramos ante una situación que deberá resolverse caso a caso en base a probanzas y presunciones.

Voy a terminar con el dec. 367/2020 analizado *up supra*, ya que considero que este trata de dar soluciones a las diferentes circunstancias que viven muchos empleados que por motivo de prestar servicios en sus empleos se han visto contagiados con el virus que transmite la llamada enfermedad COVID-19.

De esta manera al considerar el coronavirus como una “enfermedad profesional” para todos aquellos trabajadores que se encuentran exentos de cumplir con el aislamiento preventivo obligatorio y principalmente para los casos de personal médico, en este último caso, se invertiría la carga de la prueba a su favor.

Todo lo expuesto me hace pensar que en lo cotidiano de la vida las ART estén obligadas a brindar prestaciones a todos los trabajadores que a causa de su labor se encuentren afectados en su salud por el COVID-19.

Con ello, desde mi punto de vista estaría solucionado en forma inmediata, garantizar a aquellos trabajadores que realizan actividades esenciales una pequeña protección a su salud ante este gigante que afecta a todo el mundo en la economía y en la salud psicofísica de cada habitante.

Mi deseo es que para salir de este problema que estamos viviendo, el esfuerzo lo debemos realizar entre todos, respetándonos tanto los empleadores como los trabajadores, todos queremos regresar a nuestros trabajos, pero seguros y cumpliendo los protocolos que han realizado los especialistas en higiene y seguridad laboral y que deberían ser respetados y cumplidos por todos los empleadores para la protección de ellos pero principalmente para el cuidado de sus trabajadores que son los que llevan adelante el funcionamiento de cualquier empleo de una empresa privada o de un organismo público.

LA RES. 207/2020 DEL MINISTERIO DE TRABAJO Y SUS CONTROVERSIAS

Por Mercedes Cadierno

*“Todo lo que el hombre puede ganar al juego de la peste
y de la vida es el conocimiento y el recuerdo”*

Albert Camus, La Peste

I. LOS ANTECEDENTES. EL VIRUS

Para entender qué le dio origen a esta norma, es menester ubicarnos en los hechos que precedieron a su dictado. El 11/03/2020 la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró formalmente la “pandemia”, palabra que para la gran mayoría formaba parte de la historia.

El director general de la OMS, Dr. Tedros Adhanom Ghebreyesus, tomando en consideración que en ese momento había 118.000 casos en 114 países, que 4291 personas habían perdido la vida como consecuencia de la enfermedad, provocada por un coronavirus (denominado COVID-19), y que había una progresión alarmante en la propagación y gravedad, tanto en la cantidad de países como en la cantidad de personas afectadas, calificó finalmente la enfermedad como una pandemia ⁽¹⁾.

Se trata de un virus desconocido, nacido en la ciudad de Wuhan en China, que provoca un síndrome respiratorio agudo grave, cuya expansión por su alto nivel de contagio hemos visto con una inicial mezcla de asombro e incredulidad.

(1) Desde la OMS hemos llevado a cabo una evaluación permanente de este brote y estamos profundamente preocupados tanto por los alarmantes niveles de propagación y gravedad, como por los alarmantes niveles de inacción. Por estas razones, hemos llegado a la conclusión de que la COVID-19 puede considerarse una pandemia. “Pandemia” no es una palabra que deba utilizarse a la ligera o de forma imprudente. Es una palabra que, usada en forma inadecuada, puede provocar un miedo irracional o dar pie a la idea injustificada de que la lucha ha terminado, y causar como resultado sufrimientos y muertes innecesarias...Nunca antes habíamos visto una pandemia generada por un coronavirus...Al mismo tiempo, nunca antes habíamos visto una pandemia que pudiera ser controlada...Y cada día hemos hecho un llamamiento a los países para que adopten medidas urgentes y agresivas. Hemos hecho sonar la alarma en forma alta y clara...” (Alocución de apertura del Director General de la OMS en la rueda de prensa sobre la COVID-19 celebrada el 11/03/2020)

A partir de ese momento hemos vivido situaciones de profunda zozobra viendo como en otros países colapsaban los sistemas de salud, y los contagios y muertes asumían condiciones de catástrofe.

II. LAS NORMAS DICTADAS ANTE LA EMERGENCIA SANITARIA

A nivel local, donde se registraban ya los primeros casos, fue rápida la respuesta. Con la imperiosa necesidad de amortiguar el déficit que presentaba el sistema de salud, mediante ley 27.541 se dispuso la emergencia pública en materia sanitaria hasta el 31/12/2020.

Mediante el Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) 260 de fecha 12 de marzo de 2020, se amplió dicha emergencia por el plazo de un año a partir de su entrada en vigencia. A su vez se dispusieron las competencias de los diferentes Ministerios a fin de que pudieran dar cumplimiento a las medidas que, a partir de ese momento, se tomarían en el marco de esa emergencia sanitaria.

En su art. 7° se dispuso el “Aislamiento Obligatorio” de determinadas personas infectadas por el COVID-19, casos sospechosos, contactos estrechos con infectados o sospechosos, viajeros que arribaban al país habiendo transitado por zonas afectadas, y demás contingencias descriptas en los distintos incisos.

Concomitantemente se dictó, con fecha 13/03/2020, la res. 202/2020 del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social (MTEySS) que suspendió el deber de asistencia a sus lugares de trabajo de los trabajadores y trabajadoras encuadrados en las contingencias del mentado art. 7°. Ello con el objeto de que tuvieran el marco jurídico adecuado para la protección de sus ingresos y de sus empleos, frente a una ausencia forzada por las medidas de prevención dispuestas por la autoridad pública, ante la peligrosidad del contagio ⁽²⁾.

También contempló la posibilidad de que aquellos trabajadores dispensados de concurrir a sus lugares de trabajos, que no poseyeran confirmación médica de haber contraído el COVID-19, ni presentaran los síntomas

(2) Art. 2°. “Suspéndase el deber de asistencia al lugar de trabajo, con goce íntegro de sus remuneraciones, a todos los trabajadores y trabajadoras que se encuentren en las situaciones descriptas en el art. 7° del DNU 260/2020 y otro de naturaleza similar que en el futuro emane de la autoridad sanitaria, cualquiera sea el vínculo jurídico de que se trate, considerándose incluidos a estos efectos también a quienes presten servicios de forma continua bajo figuras no dependientes como las locaciones de servicios reguladas por el dec. 1109/2020, aquellas otras que se desarrollen en forma análoga dentro del sector privado, las prestaciones resultantes de becas en lugares de trabajo, pasantías y residencias médicas comprendidas en la ley 22.127. En el caso de pluriempleo o de múltiples receptores de servicios, los efectos previstos en la suspensión de que se trata la presente norma alcanzarán a los distintos contratos”.

que los convirtieran en casos sospechosos, (es decir que no estuvieran enfermos, ni sintomáticos) pudieran trabajar en forma remota desde sus lugares de aislamiento, siempre que el tipo de trabajo lo permitiera. El mismo decreto alude al “marco de la buena fe contractual” para establecer las condiciones del desarrollo de sus tareas.

La buena fe y la colaboración son elementos esenciales en situaciones de crisis.

De este modo, muchos trabajadores y trabajadoras comenzaron a trabajar desde sus casas, masificando una metodología que solo se venía aplicando en pocos ámbitos: el “teletrabajo”.

Esta resolución fue ampliada por la res. 207/2020 del MTEySS. Se sumaron, a la suspensión del deber de asistencia a sus lugares de trabajo, los trabajadores y trabajadoras mayores de 60 años (excepto que fuera trabajador del sector salud, considerado esencial); trabajadoras embarazadas y aquellos que integran los grupos de riesgo por padecer patologías preexistentes que los coloca en una situación de mayor vulnerabilidad ante la posibilidad de un contagio.

Del mismo modo que la resolución anterior, se habilitó —para este grupo de exceptuados— la viabilidad del trabajo remoto, en los mismos términos que ya fueran explicados.

También se incorporaron a la dispensa de concurrencia a: la progenitora, o progenitor, o persona adulta responsable a cargo, de aquellos niños, niñas y/o adolescentes que no asisten a sus respectivos establecimientos escolares por imperio de la res. 108/2020 del Ministerio de Educación ⁽³⁾.

Junto con las normas enunciadas, hubo otras que determinaron el aislamiento social, preventivo y obligatorio, que fundamentalmente se centró en el AMBA ⁽⁴⁾. Se suspendieron masivamente actividades, y se exceptuaron las esenciales, cuyos trabajadores y trabajadoras afectados a esas tareas debían continuar asistiendo a sus trabajos con la habitualidad de siempre (personal de la salud, seguridad, limpieza, alimentación, atención de adul-

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

(4) Área Metropolitana de Buenos Aires que abarca la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los 40 municipios de la Provincia de Buenos Aires que la circundan, desde Campana hasta La Plata, donde se concentra más del 35% de la población, siendo la zona más densamente poblada del país. En ese sector es donde se han registrado la mayor cantidad de contagios.

tos mayores, etc.). Estas normas fueron variando, en avances y retrocesos, de acuerdo con el resultado de las diferentes fases por las que transcurre el aislamiento y la evolución de los contagios del COVID-19.

De ese amplio marco normativo, con tan variadas características, pero todos enraizados en la grave situación generada por la pandemia, nos centraremos en lo que motiva este análisis, es decir las controversias generadas por la redacción de la res. 207/2002 del MTEySS.

III. LA SUSPENSIÓN DE LAS ACTIVIDADES ESCOLARES PRESENCIALES

Tal como señalara, las clases presenciales fueron suspendidas. Los niños, niñas y adolescentes están recibiendo las clases en forma virtual, o a través de los mecanismos que se pudieron hallar con base en las posibilidades de las instituciones educativas y de los alumnos. Esto ha generado no pocas complicaciones y muchas desigualdades porque no todos los hogares tienen las herramientas informáticas necesarias y/o suficientes para responder a la enseñanza virtual. Muchas madres y padres tienen a su vez que responder a sus trabajos remotos, sumando a sus tareas laborales y domésticas la enseñanza de sus hijos tratando de responder a las consignas dadas por sus maestros y profesores. Estos también hacen un gran esfuerzo, delegando un trabajo que les es tan significativo.

Sin olvidar que también son trabajadoras y trabajadores, de la educación.

Obviamente, esta norma del Ministerio de Educación generó la necesidad de que el Ministerio de Trabajo dictara las normas que permitieran que el padre, madre o adulto responsable a cargo del menor, cuya presencia en la casa fuera imperiosa, estuviera temporalmente exento de concurrir a su lugar de trabajo.

Esta norma vigente en el tiempo no resulta necesaria para aquellos trabajadores y trabajadoras cuyas actividades presenciales están suspendidas por el “aislamiento social preventivo y obligatorio” dispuesto por el DNU 297/2020 y normas posteriores, porque conjugan su trabajo remoto con el cuidado de sus hijos.

Pero hay trabajadores y trabajadoras encuadrados en las actividades esenciales o exceptuadas del aislamiento que, tal como expusiera precedentemente, deben concurrir a sus lugares de trabajo ⁽⁵⁾.

También se irán sumando aquellos, cuyas actividades se vayan abriendo de a poco, y que por sus tipos de trabajo no admiten la modalidad a dis-

(5) Véase el art. 6° del citado DNU 297/2020 y normas posteriores.

tancia (trabajadores de la construcción, servicio doméstico, comercio, hoteles, restaurantes, para citar algunos).

A todos ellos está destinada esta norma, mientras los chicos no vuelvan a las aulas.

IV. REQUISITOS PARA OBTENER LA DISPENSA DEL PROGENITOR O PERSONA RESPONSABLE

¿Qué particularidades tiene esta res. 207/2020 del MTEySS? Tiene ciertos requisitos:

- a) Se puede acoger a la dispensa solo un progenitor o persona responsable por hogar.
- b) La persona alcanzada por la dispensa debe notificar a su empleador
- c) Debe justificar la necesidad y detallar los datos indispensables para que pueda ejercerse el adecuado control.

Es una medida de excepción, de allí la necesidad de poner en conocimiento del empleador los motivos que llevan a ese trabajador o trabajadora a acogerse a la suspensión, para que pueda reorganizar debidamente la prestación.

En cuanto a la justificación de la necesidad, deberá el trabajador o trabajadora indicar que no tiene con quien dejar a sus hijos. Generalmente, cuando se inician las relaciones laborales, se adjuntan las partidas de nacimiento para incorporar a los hijos a la Obra Social de allí que, en tales supuestos, está en la esfera de conocimiento del empleador su existencia. De lo contrario, acompañará el trabajador o trabajadora los documentos que acrediten la existencia de sus hijos, su escolaridad formal y proveerá los datos inherentes a la composición del grupo familiar.

También se pondrá a disposición del control, indicando el domicilio donde se encuentra, que generalmente es el declarado a la empresa, máxime frente a la obligación de permanecer en casa, impuesta por la autoridad para evitar la proliferación de la enfermedad.

V. IMPACTO SOBRE LAS REMUNERACIONES

Ahora bien, ¿cuál es la controversia que genera la norma? En el artículo primero, cuando hace referencia a la suspensión del deber de asistencia al lugar de trabajo “con goce íntegro de sus remuneraciones” cita a los trabajadores y trabajadoras “que se encuentren en las situaciones descriptas en los

inc. a); b) y c) de este artículo” ⁽⁶⁾. Pero la dispensa al progenitor o al adulto responsable a cargo, está en el art. 3° de esa norma.

Ello nos llevaría a pensar ¿esos trabajadores o trabajadoras no cobrarían su salario? ¿Es intención de la norma justificar la ausencia sin la contraprestación del salario? Carecería de sentido, porque si una norma (del Ministerio de Educación) dispuso que los niños, niñas y adolescentes ya no podían concurrir a la escuela y debían permanecer en sus casas, en cumplimiento de las normas del aislamiento obligatorio, y otra norma (del Ministerio de Trabajo) autoriza, a su progenitor, progenitora o persona adulta responsable a cargo, a suspender su concurrencia al lugar de trabajo, no puede tener como correlato el no pago del salario, porque esto pondría a ese trabajador o trabajadora en una disyuntiva no admitida por la ley cual sería tener que decidir entre cuidar a su hijo o alimentarlo.

Por otra parte, ¿podríamos poner a estos trabajadores en una *infra* situación que aquellos otros cuyas actividades son consideradas no esenciales y por ende afectadas por la inactividad? Este personal, en su gran mayoría, fue suspendido por la causal de “fuerza mayor” con el pago de asignaciones no remunerativas en los términos del art. 223 bis de la ley 20.744, que han sido pautadas (como norma general) en el 75% de sus remuneraciones habituales, conforme al acuerdo celebrado entre la Unión Industrial Argentina y la Confederación General del Trabajo a fin de establecer una regla general que evite grandes disparidades entre los diferentes sectores.

El Ministerio de Trabajo mediante res. 397/2020 dispuso las pautas para la homologación de las presentaciones que en conjunto hicieren las entidades sindicales con personería gremial y las empresas, para la aplicación de suspensiones en base al mentado art. 223 bis, facilitando la tramitación de aquellos convenios que estuvieran en el rango porcentual del acuerdo mencionado.

Por otra parte, el Gobierno Nacional dispuso un Programa de Asistencia de Emergencia al Trabajo y la Producción mediante DNU 332/2020, acompañando a los empleadores en el pago de las asignaciones no remunerativas, para paliar la crisis económica generada por la pandemia y evitar la pérdida de las fuentes de trabajo.

Esta norma no abarca a los “trabajadores esenciales” ⁽⁷⁾ lo que resulta razonable de momento que el personal considerado esencial presta sus ta-

(6) Personas mayores de 60 años; mujeres embarazadas y grupos de riesgo.

(7) Art. 4°. Se encuentran excluidos de los beneficios del presente decreto aquellos sujetos que realizan las actividades y servicios declarados esenciales en la emergencia sanitaria y cuyo personal fueron exceptuado del cumplimiento del “aislamiento social, preventivo y obligatorio”, conforme las prescripciones del art. 6° del dec. 297/2020 y de la decisión administrativa 429/2020 y sus eventuales ampliaciones, así como todas aquellas otras que sin encontrarse expresamente estipuladas en las

reas en su lugar de trabajo, por ende, debe cobrar la remuneración en los términos del art. 103 de la LCT.

Además, como la “esencialidad” conlleva la exigencia de la prestación, fue menester el dictado de otra norma que excluyera de esa calificación a los trabajadoras y trabajadores que debían permanecer con sus hijos, para que justamente no hubiera contradicción entre la exigencia laboral y la imperiosa necesidad del cuidado de sus hijos. Esto fue resuelto mediante la res. 233/2020 del MTEySS que excluyó a dichos trabajadores del carácter de esenciales y dispuso la prórroga automática de las medidas dictadas en la res. 207/2020 del MTEySS por el plazo que dure la extensión del “aislamiento social, preventivo y obligatorio” dispuesto por el Gobierno.

No obstante, esta norma tampoco zanjó el problema generado con relación al salario de estos trabajadores y trabajadoras.

VI. EL INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑA, NIÑO Y ADOLESCENTE. SU PREVALENCIA

Entonces, debemos recurrir a la ley 26.061 “Sistema de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes” que califica el interés superior de la niña, niño y adolescente, como la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en dicha ley.

Es miras a ese interés superior, en su art. 3° *in-fine* determina: “Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros”.

Son los Organismos del Estado los que deben velar por que los padres puedan cumplir sus responsabilidades y obligaciones en igualdad de condiciones ⁽⁸⁾. Y obviamente esto no se cumpliría si aquel que tiene la responsabilidad parental no cobra su salario.

Por dicho motivo, este análisis se centró en este aspecto que, frente al eventual conflicto, entre aquellos trabajadores y trabajadoras compelidos

normas antedichas no exterioricen indicios concretos que permitan inferir una disminución representativa de su nivel de actividad.

(8) Art. 7°. Responsabilidad familiar. La familia es responsable en forma prioritaria de asegurar a las niñas, niños y adolescentes el disfrute pleno y el efectivo ejercicio de sus derechos y garantías. El padre y la madre tienen responsabilidades y obligaciones comunes e iguales en lo que respecta al cuidado, desarrollo y educación integral de sus hijos. Los Organismos del Estado deben asegurar políticas, programas y asistencia apropiados para que la familia pueda asumir adecuadamente esta responsabilidad, y para que los padres asuman, en igualdad de condiciones, sus responsabilidades y obligaciones.

por la necesidad del cuidado de sus hijos y los empleadores a los que les parezca que la norma no les exige el pago del salario, se dirimirá en tribunales.

Tal vez cuando se redactaron estas normas no se pensó que el aislamiento durara tanto tiempo, quizás pensaron la conveniencia de dejar al arbitrio del empleador la definición de esta cuestión, dependiendo cada caso en particular.

Pero indudablemente, hubiera sido muchísimo más sencillo que la norma los incluyera dentro del grupo de los “remunerados”, sin obviar la exigencia de la acreditación de la legitimidad de la ausencia.

Quedará, como tantas otras veces, en las manos de los jueces, quienes una vez más deberán resolver la cuestión a la luz del principio rector de que: “El trabajo en sus diversas formas gozarán de la protección de las leyes” consagrado en nuestro art. 14 bis de nuestra Carta Magna.

TRABAJADORES ESENCIALES Y EXCEPTUADOS

Por Raimunda Isabel Núñez

RESUMEN

Tradicionalmente cuando nos referimos en el ámbito laboral a servicios esenciales, tenemos la mirada puesta en el derecho colectivo del trabajo y en particular al ejercicio del derecho constitucional de huelga. Por lo que el carácter de esencial, siempre se analizó en cuanto a la actividad o servicio, y no desde el trabajador a nivel individual.

La declaración de pandemia mundial por parte de la Organización Mundial de la Salud (OMS) por nuevo brote del virus SARS-CoV-2, creó un conjunto normativo a nivel nacional, ampliando el marco legislativo que declaró la emergencia en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social ya existente. Con énfasis en el cuidado a la salud como obligación por parte del Estado, se promulgó una serie de normas que impactaron en la vida social y laboral de los habitantes de nuestro país.

A nivel laboral, en un principio se crearon excepciones a la obligación del trabajador de concurrir a su lugar de trabajo, situación que luego fue modificada a partir del 20 de Marzo de 2020, cuando se estableció el aislamiento social preventivo y obligatorio; y las excepciones pasaron a ser lo contrario, es decir los permitidos a asistir a sus puestos de trabajo.

En principio se podría decir que el concepto de trabajadores esenciales es asignada en forma específica a los trabajadores de la salud; sin embargo este concepto luego se extiende a trabajadores de actividades y servicios declarados esenciales en la emergencia.

En cuanto a los trabajadores exceptuados de cumplir el aislamiento social preventivo y obligatorio en una primera etapa estaban asociados a las actividades o servicios esenciales, en la segunda etapa se ampliaron a otras actividades exceptuadas bajo estrictos cumplimientos de protocolos y autorizaciones, de acuerdo con la actividad y la zona geográfica.

Finalmente, especial protección para los trabajadores de la salud con la declaración de interés nacional la vida y la salud de estos trabajadores, con la creación de un programa especial. Una segunda norma crea beneficios a un grupo de trabajadores de actividades esenciales más amplia y a sus derechohabientes en caso de muerte, por causa de su actividad, adicionales a las ya previstas.

Palabras claves: pandemia, trabajo, trabajadores esenciales, trabajadores exceptuados, beneficios laborales.

I. INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente cuando nos referimos en el ámbito laboral a servicios esenciales, tenemos la mirada puesta en el derecho colectivo del trabajo y en particular al ejercicio del derecho constitucional de huelga. Por lo que el carácter de esencial, siempre se analizó en cuanto a la actividad o servicio, y no desde el trabajador a nivel individual.

Lo que tenemos en el contexto del derecho colectivo del trabajo, la OIT ha definido “servicio esencial”, a aquellos servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida, seguridad o salud de las personas, en todo o en parte de la población. Según el Comité de Libertad Sindical son actividades esenciales los servicios sanitarios y hospitalarios; la producción y distribución de agua potable y energía eléctrica; los servicios telefónicos; y el control de tráfico aéreo. Entre las actividades que no son servicios esenciales se encuentran: la radio-televisión; los sectores del petróleo y de los puertos; los servicios bancarios; los servicios de informática para la recaudación de aranceles e impuestos; los grandes almacenes y los parques de atracciones; la actividad metalúrgica y el conjunto del sector minero; los transportes en general; las empresas frigoríficas; los servicios de hotelería; la construcción; la fabricación de automóviles; la reparación de aeronaves, las actividades agrícolas, el abastecimiento y la distribución de productos alimentarios; la Casa de la Moneda, la Agencia Gráfica del Estado y los monopolios estatales de alcohol, de sal y del tabaco; el sector de la educación; los transportes metropolitanos y los servicios de correos (Grisolia, 2016).

Siguiendo similar enfoque, la ley 25.877, en su art. 24 establece que serán servicios esenciales, siempre en el marco de los conflictos colectivos de trabajo y a fin de asegurar servicios mínimos: “[L]os servicios sanitarios y hospitalarios, la producción y distribución de agua potable, energía eléctrica y gas y el control del tráfico aéreo. Una actividad no comprendida en el párrafo anterior 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”.

A grandes rasgos, estas conceptualizaciones se mantienen en el informe N° 22/05/2020, de CEPAL/OIT analizada desde el punto de vista que afrontan los trabajadores de América Latina y el Caribe.

Expresa el informe: “[P]or un lado, existen sectores cuya producción y demanda de mano de obra se han mantenido estables o incluso se han incrementado durante la crisis, pero cuyos trabajadores, en muchos casos, están más expuestos al riesgo de contagio, pues deben realizar sus tareas de manera presencial. Este sería el caso de los trabajadores que se encuentran en la primera línea de respuesta a la emergencia, como los trabajadores de la salud —que, al asegurar la atención de las necesidades sanitarias de la población, se exponen en mayor medida al contagio (OIT, 2020)—, pero también de los trabajadores de los servicios esenciales, como la agricultura, la cadena de abastecimiento de alimentos y de productos farmacéuticos, los servicios públicos locales o la producción, el suministro y la distribución de energía, entre otros. Por otro lado, están las actividades que han sufrido efectos negativos en el volumen de la producción y del empleo. Se estima que el impacto en la actividad económica y el empleo como consecuencia de la COVID-19 será alto en sectores como el comercio, las industrias manufactureras, las actividades de alojamiento y de servicio de comidas (asociadas al turismo) y las actividades inmobiliarias, mientras que, en sectores como transporte y almacenamiento, y artes, entretenimiento y recreación, el impacto será medio-alto...” (CEPAL/OIT, 2020).

Aquí me propongo abordar el carácter de “esencial en la emergencia” definido en las sucesivas normativas sancionadas en el marco de la emergencia sanitaria decretada por la pandemia del virus SARS-CoV-2, sin llegar a ser un análisis profundo de las múltiples variables que el tema plantea.

II. TRABAJADORES ESENCIALES Y EXCEPTUADOS EN TIEMPO DE PANDEMIA

Nuestro país se inserta en este contexto de pandemia, en el marco de una emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social que ya había sido declarada por el término de un año a partir del el 23/12/2019 a través de la ley 27.541.

El 11/03/2020, la Organización Mundial de la Salud (OMS) declara pandemia ante nuevo brote del virus SARS-CoV-2. Ante esta situación el Poder Ejecutivo Nacional amplía la emergencia pública sanitaria a través del dec. 260/2020, de fecha 13/03/2020, por el término de un año a partir de esta fecha y establece “aislamiento obligatorio” para determinados grupos de personas que son descriptas en su art. 7°. Expresa también que “es una norma de orden público” (art. 24).

Ordena el aislamiento por el término de 14 días de las personas que revisitan casos sospechosos, tengan COVID-19 positivo, hayan estado en contacto estrecho con algún caso positivo o hayan estado en la zona de circulación del virus.

En concordancia, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social dicta la res. 202/2020 el 14/03/2020, donde suspende una de las obligaciones principales del contrato de trabajo, tal es la de concurrir al lugar de trabajo, con goce íntegro de sus remuneraciones, a todos los trabajadores y las trabajadoras que se encuentren en las situaciones descriptas en el art. 7° del dec. 260/2020 y todo otro de naturaleza similar que en el futuro emane de la autoridad sanitaria.

Con esta resolución se inicia el concepto de trabajadores y trabajadoras exceptuados en su obligación de asistir a su lugar de trabajo, con la protección de su salario en dicho periodo y mientras este se mantenga. Determina además que trabajadores y empleadores, deben acordar las condiciones para poder realizar las “tareas habituales u otras análogas” desde el lugar de aislamiento, en el marco de la buena fe, siempre que la naturaleza de la tarea o la excepción lo permita.

El conjunto de trabajadores exceptuados se amplió a través de la res. 207/2020 del 17/03/2020, donde además se puntualiza, quiénes son considerados “trabajadores esenciales”. Mantiene el marco general de la res. 202/2020, suspende el deber de asistencia al lugar de trabajo por el plazo de catorce días, con goce íntegro de sus remuneraciones y amplía el grupo de trabajadores protegidos, a los siguientes:

- a. Mayores de sesenta años de edad, excepto que sean considerados “personal esencial para el adecuado funcionamiento del establecimiento”. Se considerará “personal esencial” a todos los trabajadores del sector salud (negrita me pertenece).
- b. Trabajadoras embarazadas.
- c. Trabajadores y trabajadoras incluidos en los grupos de riesgo que define la autoridad sanitaria nacional: 1. Enfermedades respiratorias crónicas: enfermedad pulmonar obstructiva crónica [EPOC], enfisema congénito, displasia broncopulmonar, bronquiectasias, fibrosis quística y asma

moderado o severo. 2. Enfermedades cardíacas: Insuficiencia cardíaca, enfermedad coronaria, valvulopatías y cardiopatías congénitas. 3. Inmunodeficiencias. 4. Diabéticos, personas con insuficiencia renal crónica en diálisis o con expectativas de ingresar a diálisis en los siguientes seis meses. De acuerdo con el informe de la autoridad competente al 17/03/2020.

En el inc. a), la excepción de tener 60 años queda sin efecto si es personal esencial, se “considerará esencial a todo el personal de la salud”.

Al aclarar que los exceptuados de los incs. b) y c) no pueden ser declarados personal esencial, comienza a trazarse criterios distintos sobre la aplicación de “trabajador esencial”, en este caso no en función de la “actividad”, sino de características personales por embarazo o salud estado de salud personal.

En la misma resolución establece que también se suspende su obligación de asistir a su lugar de trabajo al progenitor, progenitora, o persona adulta responsable a cargo del cuidado del niño, niña o adolescente, mientras dure la suspensión de clases en las escuelas, que estableció el Ministerio de Educación de la Nación, por res. 108/2020. En este caso solo podrá hacer uso un solo progenitor/a o responsable del hogar.

Luego, a pocos días, el 20 de marzo, se estableció una medida de aislamiento social, preventivo y obligatorio en todo el país (ASPO), a través del dec. 297/2020 que fue prorrogada sucesivamente hasta el 2 de agosto (decs. 325/20, 355/20, 408/20, 459/20, 493/20, 520/20, 576/20 y 605/20).

Se estableció que 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 20/03/2020, 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.

Ahora la norma es cumplir el aislamiento obligatorio, absteniéndose de asistir a sus lugares de trabajo y las excepciones de cumplimiento a esta norma son “las personas afectadas a las actividades y servicios declarados esenciales en la emergencia, según se detalla a continuación, y sus desplazamientos deberán limitarse al estricto cumplimiento de esas actividades y servicios:

1. Personal de Salud, Fuerzas de seguridad, Fuerzas Armadas, actividad migratoria, servicio meteorológico nacional, bomberos y control de tráfico aéreo. 2. Autoridades superiores de los gobiernos nacional, provinciales, municipales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; y Trabajadores y trabajadoras del sector público nacional, provincial, municipal y de la Ciu-

dad Autónoma de Buenos Aires, convocados. 3. Personal de los servicios de justicia de turno. 4. Personal diplomático y consular extranjero acreditado ante el gobierno argentino. 5. Personas que deban asistir a otras con discapacidad; familiares que necesiten asistencia; a personas mayores; a niños, a niñas y a adolescentes. 6. Personas que deban atender una situación de fuerza mayor. 7. Personas afectadas a la realización de servicios funerarios, entierros y cremaciones, sin reunión de personas. 8. Personas afectadas a la atención de comedores escolares, comunitarios y merenderos. 9. Personal que se desempeña en los servicios de comunicación audiovisuales, radiales y gráficos. 10. Personal afectado a obra pública. 11. Supermercados mayoristas y minoristas y comercios minoristas de proximidad. Farmacias. Ferreterías. Veterinarias. Provisión de garrafas. 12. Industrias de alimentación, su cadena productiva e insumos; de higiene personal y limpieza; de equipamiento médico, medicamentos, vacunas y otros insumos sanitarios. 13. Actividades vinculadas con la producción, distribución y comercialización agropecuaria y de pesca. 14. Actividades de telecomunicaciones, internet fija y móvil y servicios digitales. 15. Actividades impostergables vinculadas con el comercio exterior. 16. Recolección, transporte y tratamiento de residuos sólidos urbanos, peligrosos y patogénicos. 17. Mantenimiento de los servicios básicos (agua, electricidad, gas, comunicaciones, etc.) y atención de emergencias. 18. Transporte público de pasajeros, transporte de mercaderías, petróleo, combustibles y GLP. 19. Reparto a domicilio de alimentos, medicamentos, productos de higiene, de limpieza y otros insumos de necesidad. 20. Servicios de lavandería. 21. Servicios postales y de distribución de paquetería. 22. Servicios esenciales de vigilancia, limpieza y guardia. 23. Guardias mínimas que aseguren la operación y mantenimiento de Yacimientos de Petróleo y Gas, plantas de tratamiento y/o refinación de Petróleo y gas, transporte y distribución de energía eléctrica, combustibles líquidos, petróleo y gas, estaciones expendedoras de combustibles y generadores de energía eléctrica. 24. S.E. Casa de Moneda, servicios de cajeros automáticos, transporte de caudales y todas aquellas actividades que el Banco Central de la República Argentina, disponga imprescindibles para garantizar el funcionamiento del sistema de pagos”.

Con este ASPO decretado, el MTEySS dicta la res. 233/20, con fecha 23/03/2020 e incluye como actividad esencial la que realizan los trabajadores y trabajadoras de edificios, con estrictos cronogramas de trabajo y elementos de protección.

A partir del dec. 297/2020, el análisis sobre trabajadores y trabajadoras exceptuadas, ya no es respecto de su incumplimiento a su deber de asistir a su lugar de trabajo, sino exceptuados de cumplir con el aislamiento social preventivo y obligatorio.

En una primera etapa, el eje de protección se encontraba en la persona del trabajador y en una segunda etapa se traslada al tipo de actividad del trabajador si es o no esencial. Aclarándose que la naturaleza de “esencial” es respecto a una declaración de “esencial en la emergencia”.

Las últimas prórrogas de ASPO, decs. 520/2020 y 576/2020, diferencia a las distintas áreas geográficas del país, entre aquellas que pasaron a una etapa de “distanciamiento social, preventivo y obligatorio” y las que permanecieron en “aislamiento social, preventivo y obligatorio”, de acuerdo con el estatus sanitario de cada provincia, departamento y aglomerado.

Estas normas crean un complejo sistema para determinar los trabajadores que están obligados de concurrir a sus lugares de trabajo, de acuerdo con la zona geográfica y las autorizaciones y protocolos correspondientes.

Suma una nota distintiva el dec. 605/20, para el período comprendido entre los días 18 de julio y 2 de agosto de 2020 inclusive, el régimen aplicable para cada provincia, departamento y aglomerado de acuerdo con las características de circulación y dinámica del virus en cada uno de ellos. No solo prorrogó el aislamiento, sino que también amplió el universo de trabajadores exceptuados de cumplir con el ASPO y concurrir a sus lugares de trabajo.

Así, el art. 12°, establece y amplía las actividades y servicios que se declaran esenciales y las personas afectadas a ellos, que quedan exceptuadas de cumplir el aislamiento social, preventivo y obligatorio. Reitera el conjunto de trabajadores del dec. 297/2020 y agrega los siguientes: 1. Operación de Centrales Nucleares. Hoteles afectados al servicio de emergencia sanitaria. Operación de aeropuertos. Operación de garajes y estacionamientos con dotaciones mínimas. Los restaurantes, locales de comidas preparadas y locales de comidas rápidas, con servicios de reparto domiciliario. Circulación de los ministros y las ministras de los diferentes cultos a los efectos de brindar asistencia espiritual. 2. Inscripción, identificación y documentación de personas. 3. Circulación de personas con discapacidad y profesionales que las atienden. Actividad bancaria con atención al público, exclusivamente con sistema de turnos. 4. Actividad registral nacional y provincial, con sistema de turnos y guardias mínimas. Oficinas de rentas de las Provincias, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de los Municipios, con sistemas de turnos y guardias mínimas. Establecimientos para la atención de personas víctimas de violencia de género. Atención médica y odontológica programada, de carácter preventivo y seguimiento de enfermedades crónicas, con sistema de turno previo. Laboratorios de análisis clínicos y centros de diagnóstico por imagen, con sistema de turno previo. Ópticas, con sistema de turno previo. 5. Traslado de niños, niñas y adolescentes. 6. Personal de la Administración Nacional de la Seguridad Social. 6. ANSES.

Todos estos casos, con las restricciones que establecen las respectivas decisiones administrativas.

Se establecen otras excepciones al cumplimiento del aislamiento obligatorio con prohibición del uso del transporte público de pasajeros: 1. Industrias que se realicen bajo procesos continuos. Producción y distribución de biocombustibles. 2. Venta de insumos y materiales de la construcción provistos por corralones. Actividades vinculadas con la producción, distribución y comercialización forestal y minera. Curtiembres, aserraderos y fábricas de productos de madera, fábricas de colchones y fábricas de maquinaria vial y agrícola. Exploración, prospección, producción, transformación y comercialización de combustible nuclear. Servicios imprescindibles de mantenimiento y fumigación. Mutuales y Cooperativas de Crédito mediante guardias mínimas de atención, al solo efecto de garantizar el funcionamiento del sistema de créditos y/o pagos. 3. Talleres para mantenimiento y reparación de automotores, motocicletas y bicicletas, exclusivamente para transporte público, vehículos de las fuerzas de seguridad y fuerzas armadas, vehículos afectados a las prestaciones de salud o al personal con autorización para circular, conforme la normativa vigente. Venta de repuestos, partes y piezas para automotores, motocicletas y bicicletas únicamente bajo la modalidad de entrega puerta a puerta. Fabricación de neumáticos; venta y reparación de estos exclusivamente para transporte público, vehículos de las fuerzas de seguridad y fuerzas armadas, vehículos afectados a las prestaciones de salud o al personal con autorización para circular, conforme la normativa vigente. Venta de artículos de librería e insumos informáticos, exclusivamente bajo la modalidad de entrega a domicilio. 4. Actividad económica desarrollada en Parques Industriales. 5. Producción para la exportación, Aquellas industrias exportadoras que requieran insumos producidos por otras cuya unidad productiva se encuentre ubicada en los lugares establecidos. Venta de mercadería ya elaborada de comercios minoristas a través de plataformas de comercio electrónico; venta telefónica y otros mecanismos que no requieran contacto personal con clientes y únicamente mediante la modalidad de entrega a domicilio. Peritos y liquidadores de siniestros de las compañías aseguradoras que permitan realizar la liquidación y pago de los siniestros denunciados a los beneficiarios y a las beneficiarias. En ningún caso se podrá realizar atención al público y todos los trámites deberán hacerse en forma virtual, incluyendo los pagos correspondientes. 6. Personal afectado a la actividad de demolición y excavación por emergencias. 7. Práctica deportiva desarrollada por los y las atletas que se encuentran clasificados y clasificadas para los XXXII Juegos Olímpicos.

En todos los casos previamente autorizados por las respectivas autoridades de aplicación y los empleadores deberán garantizar las condiciones de higiene y seguridad establecidas por la autoridad sanitaria para preservar la salud de los trabajadores y de las trabajadoras.

En los aglomerados urbanos, departamentos y partidos de hasta 500.000 habitantes alcanzados por el art. 10 del dec. 605/2020, los gobernadores y las gobernadoras de provincias podrán disponer nuevas excepciones al cumplimiento del “aislamiento social, preventivo y obligatorio” y a la prohibición de circular con el fin de autorizar actividades industriales, de servicios, comerciales, sociales, deportivas o recreativas. Para ello, deberán contar con la aprobación previa de la autoridad sanitaria provincial e implementar un protocolo de funcionamiento de la actividad respectiva, que contemple, como mínimo, el cumplimiento de todas las recomendaciones e instrucciones de la autoridad sanitaria nacional. De igual modo, podrán dejar sin efecto las excepciones que dispongan atendiendo a la situación epidemiológica y sanitaria respectiva.

Por dec. administrativa 1289/2020, del 20/07/2020, se aprueba excepciones al cumplimiento del ASPO, a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para las siguientes actividades e industrias: 1. Galerías y paseos comerciales. 2. Lavaderos de automotores automáticos y manuales. 3. Paseo, adiestramiento y peluquería canina. 4. Galerías de arte con turno. 5. Profesiones. 6. Peluquerías, depilación, manicuría y pedicuría (salones de estética). 7. Industrias. 8. Cultos: rezo individual con aforo y tope de hasta 10 (diez) personas.

Similar normativa, se estableció para la provincia de Buenos Aires, a través de la dec. administrativa 1294/2020 del 21/7/2020, estableciendo localidades y actividades que se exceptúa del cumplimiento del aislamiento social preventivo obligatorio.

Se mantiene la obligación de los empleadores de garantizar las condiciones de higiene, seguridad y traslado establecidas por la jurisdicción para preservar la salud de las trabajadoras y de los trabajadores, y que estos lleguen a sus lugares de trabajo sin la utilización del servicio público de transporte de pasajeros.

Con el Plan de Vacunación contra COVID-19 en marcha, se plantea un nuevo escenario para los trabajadores exceptuados de asistir a sus lugares de trabajo, tal lo determina la res. conj. 4/2021 del Ministerio de Salud y Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social del 09/04/2021. En el art. 1° establece: los trabajadores, incluidos los dispensados, que tienen al menos una dosis de cualquiera de las vacunas, podrán ser convocados a la actividad laboral presencial, independientemente de la edad y la condición de riesgo, transcurridos CATORCE (14) días de la inoculación.

En cuando a los trabajadores de la salud, con alto riesgo de exposición, dispensados del deber de asistencia al trabajo, podrán ser convocados una vez transcurridos CATORCE (14) días de haber completado el esquema de vacunación en su totalidad, independientemente de la edad y la condición de riesgo.

En estos casos, los trabajadores convocados deberán presentar constancia fehaciente de vacunación correspondiente o manifestar, con carácter de declaración jurada, los motivos por los cuales no pudieron acceder a la vacunación. También contempla el caso de los trabajadores que opten por no vacunarse, poniéndoles el deber de actuar de buena fe y llevar a cabo todo lo que esté a su alcance para paliar los perjuicios que su decisión pudieren originar a los empleadores.

Exceptúa de esta convocatoria a las personas incluidas en el artículo 3º, incisos V (Personas con Inmunodeficiencias) y VI (Pacientes oncológicos y trasplantados) de la res. 627/2020 del Ministerio de Salud.

Esta resolución conjunta fue rechazada por los gremios de distintas actividades y existe una interpretación sobre la derogación de esta normativa por parte del Poder Ejecutivo Nacional, sin embargo dicha derogación no se encuentra en la normativa vigente hasta la fecha.

En la actualidad se encuentra vigente la prórroga del decreto 297/2020 a través del 1º del dec. 334/2021, del 22/05/2021 se prorroga el dec. 287/2021 y el plazo establecido en su art. 30, así como sus normas complementarias, hasta el día 11 de junio de 2021 inclusive, en los términos del dec. 334/2021 “MEDIDAS APLICABLES A LUGARES EN ALTO RIESGO EPIDEMIOLÓGICO Y SANITARIO O EN SITUACIÓN DE ALARMA EPIDEMIOLÓGICA Y SANITARIA ENTRE EL 22 DE MAYO Y EL 30 DE MAYO DE 2021 Y LOS DÍAS 5 Y 6 DE JUNIO DE 2021”.

III. DISCRIMINACIÓN POSITIVA. DECLARACIÓN. BENEFICIOS

A partir de la clasificación de trabajadores esenciales y exceptuados, se despliega una serie de protocolos de cuidado y de normativa que atienden diferentes aristas que van mutando y que requieren de diferentes enfoques de protección.

Por ley 27.548, del 08/06/2020, se declara de interés nacional: “[L]a protección de la vida y la salud del personal del sistema de salud argentino y de los trabajadores y voluntarios que cumplen con actividades y servicios esenciales durante la emergencia sanitaria causada por la pandemia de coronavirus (COVID-19)”.

Por esta ley se crea un Programa de Protección al Personal de Salud ante la pandemia de coronavirus (COVID-19), para prevenir contagio de coronavirus (COVID-19) entre el personal de salud que trabaje en establecimientos de salud de gestión pública o privada, y entre los trabajadores y voluntarios que presten servicios esenciales durante la emergencia sanitaria. Es de cumplimiento obligatorio para todo el personal médico, de enfermería, de dirección y administración, logístico, de limpieza, gastronómico, ambulan-

cieros y demás, que presten servicios en establecimientos de salud donde se efectúen prácticas destinadas a la atención de casos sospechosos, realización de muestras y tests, y/o atención y tratamiento de COVID-19, cualquiera sea el responsable y la forma jurídica del establecimiento.

En la misma fecha, se sanciona la ley 27.549, que establece beneficios para determinados trabajadores y sus derechohabientes, en caso de muerte por COVID-19 en ejercicio de sus tareas.

De acuerdo con esta ley, se encuentran comprendidos los trabajadores profesionales, técnicos, auxiliares (incluidos los de gastronomía, maestranza y limpieza) y personal operativo de los sistemas de salud pública y privada; el personal de las Fuerzas Armadas; las Fuerzas de Seguridad; de la Actividad Migratoria; de la Actividad Aduanera; Bomberos, recolectores de residuos domiciliarios y recolectores de residuos patogénicos, que presten servicios relacionados con la emergencia sanitaria establecida por dec. 260/2020 y las normas que lo extiendan, modifiquen o reemplacen.

Los beneficios son:

- a. Exención de Emergencia Sanitaria COVID-19: es la exención del Impuesto a las Ganancias desde el 01/03/2020 al 30 de septiembre del mismo año, a “las remuneraciones devengadas en concepto de guardias obligatorias (activas o pasivas) y horas extras, y todo otro concepto que se liquide en forma específica y adicional en virtud de la emergencia sanitaria provocada por el COVID-19”.
- b. Pensión graciable de carácter vitalicio para los familiares de los trabajadores determinados en la ley, que sean derechohabientes conforme los límites establecidos, cuyos decesos se hayan producido en el período comprendido entre el 1° de marzo y el 30 de septiembre de 2020 como consecuencia de haber contraído coronavirus (COVID-19). A tal fin se consideran derechohabientes: Cónyuge supérstite conviviente o con obligación alimentaria por parte del trabajador; conviviente supérstite; hijos/as solteros/as hasta los veintiún años de edad, sin límite de edad si se encontraren restringidos en su capacidad, o perciban alimentos establecidos hasta los veinticinco años y personas a cargo del causante al momento del fallecimiento, conforme lo reglamente la autoridad de aplicación.

El periodo estipulado podrá ser extendido conforme la normativa de emergencia sanitaria a igual que el grupo de trabajadores que tendrán estos beneficios.

IV. Conclusión

La frondosa red normativa producida a partir de la pandemia declarada por el coronavirus (COVID-19), en constante cambio de acuerdo con la

evolución sanitaria del virus, fue creando instancias de restricción y apertura de circulación y con ella de asistencia o no a los lugares de trabajo. El listado de trabajadores y actividades esenciales se mantuvo a partir del dec. 297/2020, no así el listado de trabajadores exceptuados los que variaron en el tiempo y de acuerdo con las circunstancias sanitarias.

Determinar y precisar esas actividades, es de suma importancia, sobre todo si de esa definición depende el goce de derechos o el cumplimiento de obligaciones reñidas con el derecho a la salud. Cabe aclarar que las normativas descriptas son temporarias, y se van prorrogando con el dictado de nuevas normativas sanitarias.

El concepto de “esencial” debe ser analizado hoy, en el contexto en el que se encuentra inserto y considerando distintas variables. En cuanto a los trabajadores exceptuados de asistir a sus lugares de trabajo, pueden ser convocados en el caso de que estén vacunados y se vislumbra una nueva tensión entre las facultades del empleador de convocar al trabajo presencial y el derecho del trabajador de preservar su salud, con una Resolución Conjunta que sigue vigente a la par de otra normativa que mantiene dispensas al respecto.

V. Bibliografía

CEPAL/OIT. (2020). “El trabajo en tiempos de pandemia: desafíos frente a la enfermedad por coronavirus (COVID-19)”, Coyuntura Laboral en América Latina y el Caribe. Comisión Económica para América Latina y el Caribe / Organización Internacional del Trabajo. Santiago: Naciones Unidas.

Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica, 20/07/2020). Digesto Emergencia Sanitaria Coronavirus COVID- 19. (D. N. Jurídica., Ed.) Recuperado el 22/07/2020, de Infoleg.gob.ar: http://www.saij.gob.ar/docs-f/generales/digesto_emergencia_sanitaria_coronavirus.pdf

GRISOLIA, J. A., “Manual de derecho laboral”, Abeledo Perrot, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2016.

SER O NO SER. ANÁLISIS DEL DEC. 367/20
QUE PRESCRIBE AL COVID-19 COMO ENFERMEDAD
PROFESIONAL NO LISTADA Y SU TRÁMITE
ADMINISTRATIVO ANTE LA COMISIÓN
MÉDICA CENTRAL

Por Mariano Natale

I. INTRODUCCIÓN

Así como en Hamlet se debatía sobre la conveniencia de la existencia en ser o no ser; la COVID-19 de la familia del coronavirus viene a poner en jaque a todos los sistemas públicos y privados que creíamos que eran increbrantables, y así a revalorar a la persona, pues la vida pasa a ser el centro mismo de la existencia y a poner en valor las palabras de la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente Vizzoti ⁽¹⁾ “el hombre es el amo y señor de todos los mercados”.

II. A MODO DE PRELUDIO

El art. 14 bis Constitución Nacional, tercer párrafo dice:

“El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable ...”.

Como surge de la simple lectura de la garantía constitucional es el Estado el que deberá otorgar los beneficios de la seguridad social, sin tener que hacer un mayor esfuerzo interpretativo respecto de este. En consecuencia, y a los fines de mantener el sistema pues una declaración de inconstitucionalidad de dicho sistema sería impensada por estos días debido a la crisis institucional y sanitaria que generaría debemos concluir desde el mismo preludeo que el Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, pero con limitaciones.

(1) CS, “Vizzoti, Carlos Alberto c/ AMSA S.A. s/antigüedad art. 245, LCT”, 14/09/2004.

Para ampliar el introito decimos que por dicha LRT se regula específicamente el principio *alterum non laedere* ⁽²⁾ a un segmento de la sociedad como son las trabajadoras y trabajadores de manera universal, pues dicha norma tiene un alcance mucho más amplio que la LCT ⁽³⁾.

Más allá de este nudo gordiano, cierto es que los trabajadores y trabajadoras que desde el año 1995 sufren una enfermedad o accidente profesional recibirán prestaciones asistenciales y médicas por parte de las aseguradoras de riesgos del trabajo vía sus prestadores de salud privados, y ello fue pensado para “privatizar” a la salud y a la seguridad e higiene en el ámbito laboral, donde además se les prohibía demandar a su empleador salvo dolo de este ⁽⁴⁾.

Ahora bien, si hoy en día ingresamos al buscador oficial de normas www.infoleg.gov.ar introducimos como motor de búsqueda a la ley 24.557 la cual vendrá con 517 modificaciones, lo cual demuestra que el subsistema cerrado de la seguridad (pergeñado a un año posterior de la reforma constitucional poco y nada tuvo en cuenta a la Constitución Nacional) resulta ser un laberinto maquiavélico de leyes, decretos y resoluciones.

II.1 Principales normas del sistema de riesgos del trabajo

El sistema de enfermedad y accidentes profesionales que fuera creado por ley 24.557 en el año 1995 y luego modificado por dec. 1694/2009, luego por ley 26.773 del año 2012 y por la ley complementaria 27.348 del año 2017 (entre tantos otros decretos, resoluciones, disposiciones) es un sistema de la seguridad social cerrado por el cual se obliga a los empleadores a contratar un seguro de riesgos del trabajo mediante una aseguradora de riesgos del trabajo (ART) para que esta asegure a todo el personal dependiente a cargo del empleador. Además, prescribe la posibilidad que el empleador sea auto asegurado.

Esto, muy a grandes rasgos pues en la acotada margen del presente no podrá ser explicado todo el sistema de riesgos del trabajo.

Lo cierto es que a través de la ley 24.557 se generó un mercado de capitales como son los Aseguradoras de Riesgos del Trabajo que antes no existían.

Por el art. 1° de la Ley de Riesgos del Trabajo (LRT) se prescriben los objetivos y finalidades de la ley como son la:

1. La reducción de la siniestralidad mediante la prevención de los riesgos.

(2) Art. 19 de la CN.

(3) Ley de Contratos de Trabajo 20.744.

(4) Originario artículo 39 de la ley de riesgos del trabajo.

2. La reparación del daño por accidentes o enfermedades profesionales.
3. La recalificación profesional de los trabajadores infortunados
4. La negociación colectiva en pos de mejorar la prevención laboral.

Por el art. 6° de la LRT se definen a los accidentes y enfermedades provocados por el trabajo y que deben recibir prestaciones en especie y dinerarias.

Respecto de los accidentes es definido como el hecho súbito y violento por el hecho o en ocasión del trabajo o en el trayecto desde el domicilio hacia el trabajo y viceversa (art 6°).

En relación con las enfermedades profesionales, estas recibirán el carácter de tal siempre y cuando se encuentren en un listado confeccionado a tal fin el que será confeccionado y revisado anualmente por el Poder Ejecutivo Nacional. Las enfermedades no incluidas en dicho listado no serán indemnizadas (art. 6°).

Además, si la enfermedad no se encuentra en dicho listado deberá ser sometida al tratamiento conforme lo prescriben el art. 6°, inc. 2 b) y a la reglamentación de este conforme res. 90/2019 SRT ⁽⁵⁾ y en consecuencia res. 1278/00 y 175/15 también de la SRT. Dicho listado de enfermedades profesionales es de carácter taxativo y se encuentra actualizado conforme al dec. 49/14.

II.2. Despejando dudas y mitos. Biológicamente el COVID-19 no es un accidente profesional

Existe una cierta tendencia doctrinaria que con buenas intenciones pretende darle el carácter de accidente profesional al coronavirus. Para ello, expone y elucubra unas variadas teorías casuísticas, en el cual por ejemplo un trabajador recibe un estornudo en el tren yendo al trabajo donde lo contagian de COVID-19 y que por ello debe ser considerado un accidente *in itinere*, hasta otras casuísticas que por razón del límite espacial no vamos a desarrollar.

Reitero y destaco que dicha teoría tiene buenas intenciones (ya que con fines protectorios persigue la evasión del dec. 367/20 y su reglamentación vías res. 38/20 y 1278/00 de la SRT), sin embargo, yerra dicha teoría por varios motivos centrales que a continuación expongo, veamos.

Cierto es que el SARS-CoV-2 es un virus. Es decir, parto de una premisa científica y comprobada médica y biológicamente.

(5) Respecto del COVID-19 la reglamentación especial está dada a la fecha por las Resoluciones 38/20, 40/20, 44/20, 1278/00 y 175/15, las cuales desarrollaremos al final del presente.

En tanto que la noxa (agente etiológico) es todo factor que, por exceso, defecto o carencia, es capaz de causar un perjuicio a un organismo, destruyendo la homeostasis (equilibrio) que este mantiene con el medio. En el ámbito de la salud, según cual sea su origen, encontramos cuatro tipos de noxas, a saber:

- a) *Las físicas*: que son aquellas acciones o situaciones que provocan un daño mecánico. Ej. Accidentes. Radiaciones. Corriente eléctrica. Ruido.
- b) *Químicas*: son las sustancias químicas, que producen intoxicaciones en el organismo. (Toxinas o veneno). Por ejemplo, si la serpiente muerde a un trabajador, el mismo no perderá su vida por dicha mordedura sino por el veneno (químico) que dicho animal inocula en el organismo el cual es nocivo para su salud.
- c) *Psicosociales*: son cambios en el medio ambiente, costumbres de vida, factores de estrés y estados de angustia, entre otras. Ej. Guerras, desocupación, la inseguridad, pobreza, discriminación; y, por último:
- d) *Biológicas*: son todos aquellos seres vivos capaces de provocar una enfermedad. Ej. Virus. Bacterias. Protozoos. Hongos. En esta noxa ingresa el COVID-19.

El SARS-CoV-2 es un virus. No resultar necesario seguir avanzando en este punto, pues es un virus que poco se sabe, pero si se sabe que una vez que este ingresa al cuerpo humano se requiere un período de incubación de 1 a 14 días ⁽⁶⁾. Entonces, si la definición legal de accidente profesional es “... todo acontecimiento súbito y violento ocurrido por el hecho o en ocasión del trabajo, o en el trayecto entre el domicilio del trabajador y el lugar de trabajo ...” ⁽⁷⁾ y necesitamos de 1 a 14 días para presentar síntomas y poder ser diagnosticado de coronavirus, entonces claramente no estamos frente a ese hecho súbito y violento que define el art. 6°, LRT.

Por ello, debe despejarse dicha teoría por ser contraria a la biología, la medicina y al derecho.

Lo mismo sucede con la vinchuca que transmite el *Typanosoma cruzi* que genera el mal de Chagas, pues mientras pica a un ser humano defeca y ahí traslada sus parásitos, es decir la vinchuca es el vector que transmite los parásitos.

(6) ¿Cuánto dura el periodo de incubación de la COVID-19? El “período de incubación” es el tiempo que transcurre entre la infección por el virus y la aparición de los síntomas de la enfermedad, que según los datos disponibles oscila entre 1 y 14 días, y en promedio alrededor de 5 días. A modo de comparación, el período de incubación de la gripe es 2 días en promedio y oscila entre 1 y 7. Por esta razón se les pide a las personas que podrían haber estado en contacto con un caso confirmado que se aislen por 14 días. Recuperado en www.argentina.gob.ar/coronavirus/preguntasfrecuentes

(7) LRT, art. 6°, primer párrafo.

En consecuencia, despejada esta duda, resulta necesario analizar el dec. 367/20 y su reglamentación a lo que daremos paso.

III. ANÁLISIS DEL DEC. 367/20. COVID-19 COMO ENFERMEDAD PROFESIONAL NO LISTADA

Dentro del diseño de la LRT y su art. 6° segunda parte que prescribe sobre las enfermedades profesionales es complejo por si solo mantener su convencionalidad. En efecto, la propia OIT mediante el Convenio 121 sobre las prestaciones en caso de accidentes y enfermedades profesionales recomienda en su art. 8° que el listado de enfermedades no sea taxativo. El art. 8° de dicho convenio prescribe:

“Todo Miembro deberá:

“(a) prescribir una lista de enfermedades en la que figuren, por lo menos, las que se enumeran en el cuadro I del presente Convenio y que serán reconocidas como enfermedades profesionales cuando sean contraídas en las condiciones prescritas; o

“(b) incluir en su legislación una definición general de las enfermedades profesionales, que deberá ser suficientemente amplia para que abarque, por lo menos, las enfermedades enumeradas en el cuadro I del presente Convenio; o

“(c) establecer una lista de enfermedades en cumplimiento del apartado a), añadiendo, además, sea una definición general de enfermedades profesionales o bien otras disposiciones que permitan establecer el origen profesional de las enfermedades que no figuran en la lista o que se manifiestan bajo condiciones diferentes de las prescritas”.

Por lo cual, resulta obscuro sostener que una enfermedad es profesional solo si se encuentra dentro de un listado, ya que ello resulta ser un sofisma.

Yendo en especial a lo que sucede con el COVID-19 ⁽⁸⁾ y su incorporación como enfermedad no listada implica el “ser y no ser” que da título al presente trabajo.

(8) Nótese que en este supuesto utilicé “el COVID-19” en vez de “la COVID-19” lo cual resulta todavía indiferente y puede ser escrito de ambas formas. COVID-19. La Organización Mundial de la Salud ha propuesto la abreviación COVID-19 (a partir de CORonaVirus + Disease ‘enfermedad’ + [20]19). El acrónimo COVID-19 que nombra la enfermedad causada por el SARS-CoV-2 se usa normalmente en masculino (el COVID-19) por influjo del género de coronavirus y de otras enfermedades víricas (el zika, el ébola), que toman por metonimia el nombre del virus que las causa. Aunque el uso en femenino (la COVID-19) está justificado por ser enfermedad (disease en inglés) el núcleo del acrónimo (CORonaVirus Disease), el uso mayoritario en masculino, por las razones expuestas, se considera plenamente válido. Recuperado en <https://www.rae.es/noticias/crisis-del-covid-19-sobre-la-escritura-de-coronavirus>

Decimos que es ser y no ser al mismo tiempo, pues es a priori un reconocimiento primario (por dec. 367/20) que incluye en su considerando a los principios de solidaridad, esfuerzo compartido, justicia social; y por sobre ello reconoce que los trabajadores y trabajadoras que se encuentran exceptuados del cumplimiento del aislamiento obligatorio serán sujetos de preferente tutela legal.

Sin perjuicio de ello, es de resaltar que surge de los propios considerandos también se trata de preservar el patrimonio de las aseguradoras de riesgos del trabajo (ART).

En tal sentido, cuando las aseguradoras deben hacer frente a la enfermedad no listada COVID-19 respecto de algún trabajador/a, estas deben financiarla por el Fondo Fiduciario de Enfermedades Profesionales (dec. 1278/2000) donde deberán imputar el 100% del dinero utilizado al mismo y además podrán utilizar hasta el 90% de dicho fondo fiduciario dejando disponible el 10% restante para otros tipos de enfermedades profesionales no listadas.

III.1. ¿Por qué el COVID-19 debe ser considerada a priori como enfermedad profesional no listada?

Por el art. 1° se considera presuntivamente al COVID-19 como una enfermedad profesional pero no listada.

No existe una respuesta única que traiga solución a todos los problemas, pero al respecto son variadas las respuestas que podemos ensayar. Sin embargo, el procedimiento para modificar o incorporar al listado de enfermedades profesionales (que tiene carácter de taxativo) está prescripto por el art. 40, ap. 3° de la LRT, y a su vez, este se encuentra reglamentado por las res. 1278/2000 y 90/2019 SRT⁽⁹⁾ la cual entró en vigencia el 01/02/2020 cuyo anexo integrante de esta regula la competencia de la Comisión Médica Central, en especial en su art. 3°, y a priori entendemos que solamente el facultado para modificar el dec. 49/14 es el Poder Ejecutivo Nacional conforme recomendación que debe realizar la Comisión Médica Central. Esta es la respuesta jurídicamente válida que debería ser vertida. Al respecto recomiendo la lectura del artículo del Dr. Eduardo Lantella “Fallo Marchetti de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires y el acceso directo a la justicia en los casos de la enfermedad COVID-19” publicado en Rubinzal-Culzoni, cita RC D 2587/2020, el que puede ser visualizado desde la página de Facebook/Nueva de procedimiento ley laboral en la Provincia Buenos Aires, ley 15.057⁽¹⁰⁾.

Posiblemente la respuesta que ensayo es la que menos contenido de justicia social tiene y sentido de solidaridad que pueda entenderse en senti-

(9) Por disp. 2/2020 art. 2° la misma no fue suspendida su entrada en vigencia.

(10) <https://www.facebook.com/groups/1580126975573030/>

do amplio. Entiendo que la categoría de enfermedad profesional no listada que le otorga el dec. 367/20 es con base en la teoría del esfuerzo compartido (mencionada en los propios considerandos de la norma en análisis).

En mi criterio, en situación de emergencia sanitaria considero que debió incorporarse lisa y llanamente como enfermedad profesional al COVID-19 al listado taxativo de enfermedades profesionales como hicieron otros países (además de sostener que las enfermedades profesionales no lo son porque un listado diga previamente si es o no es).

Todo lo expuesto demuestra que el sistema de listado de enfermedades profesionales con carácter de cerrado y que rara vez puede ser abierto se encuentra fuertemente en crisis y que no resulta ser convencionalmente válido por contrariar al Convenio OIT 121.

III.2. Del trámite ante la Comisión Médica Central

Las res. SRT 1278/2000, 90/2019, 38/20, 40/2020, 44/2020 y 59/2020 entre otras son las que regulan el trámite para determinar que el COVID-19 contraído por un trabajador/a es de carácter profesional, aun para aquellos trabajadores de la salud (que tienen una presunción a su favor respecto de los otros trabajadores esenciales que no sean del sector de la salud).

Dado que por dec. 260/2020 la atención al público en las Comisiones Médicas tanto jurisdiccional como Central se encuentra prohibida, entonces el trámite se realiza de manera virtual y por ventanilla electrónica de la SRT donde se debe adjuntar en formato PDF el certificado médico que acredite el diagnóstico COVID-19, copia del DNI, de los recibos de haberes, y toda otra documentación respaldatoria necesaria conforme dicha normativa. Se ingresa por la Comisión Médica Jurisdiccional que por competencia según lo prescripto en el art. 1° de la ley 27.348 opte el trabajador, la CMJ dará traslado por 5 días a la aseguradora de riesgos del trabajo o al empleador auto asegurado, vencido dicho plazo la Comisión Médica Jurisdiccional no debe emitir dictamen médico sino que debe remitir virtualmente toda la documentación a la Comisión Médica Central, quien desde que la recibe puede prescindir de la realización de la audiencia médica y dentro del plazo de 30 días debe pronunciarse aceptando o rechazando el carácter de la enfermedad profesional no listada.

Para así decidir puede invertir la carga de la prueba [art. 1735 Cód. Civ. y Com. ⁽¹¹⁾] a aquellos casos que se le presenten que no impliquen que se trate de trabajadores de la salud.

(11) Si bien ellas están destinadas al proceso judicial, no dejan de ser derecho positivo vigente que con las salvedades necesarias para llevarlas a un derecho social pueden ser aplicadas al caso de decisiones administrativas, como en el caso lo es la Comisión Médica Central.

Con esta inversión de las cargas probatorias se invierte la carga procesal, porque poner exclusivamente en cabeza del trabajador infortunado o sus derechohabientes la acreditación del nexo de causalidad entre las tareas esenciales desarrolladas y la enfermedad contraída implica llevarlos a la producción de una prueba diabólica.

El tipo de presunción que prescribe el art. 1° es la conocida como *iuris tantum*.

Recordamos que este trámite es para aquellos trabajadores que se encuentran comprendidos en las actividades exentas que prescribe el art. 6° del dec. 297/20 y que fuera ampliado por decretos y decisiones administrativas posteriores, es decir aquellas actividades declaradas esenciales.

Estará en cabeza del trabajador infortunado o de sus derechohabientes acreditar el nexo de causalidad entre las tareas desarrolladas en el marco de emergencia sanitaria y la enfermedad coronavirus (COVID-19) contraída.

La revisión del acto de clausura dictado por el titular del servicio de homologación es recurrible dentro de los 15 días ante el Poder Judicial. Dicho recurso es la única vía legal que existe según res. 1278/00 SRT, por lo cual la revisión no es amplia pues se quita la posibilidad de incoar una demanda ordinaria, recomendando la lectura del artículo del Dr. Eduardo Lantella, el que fuera citado en el punto 3.1 del presente.

III.3. El contenido humanitario

En el art. 2° del dec. 367/2020 es según mi criterio donde mayor contenido humanitario se encuentra ya que se les prohíbe a las aseguradoras de riesgos del trabajo en su calidad de gestor y prestador de salud denegar prestaciones médicas y en especie cuando reciba la denuncia de una persona en su calidad de trabajador. Además, dicho artículo sigue el mismo criterio del art. 28, inc. 4° de la LRT.

III.4. La discriminación positiva en favor del personal de salud

El art. 4° del dec. 367/20 pone en vigor al resguardar de una mejor manera al personal de la salud que a los trabajadores que también se encuentran exceptuados del aislamiento preventivo, social y obligatorio (dec. 260/20 art. 6° y sus disposiciones complementarias). Ya que se presume que dicho personal de la salud se encuentra con mayor riesgo y exposición que otro trabajador/a que deba prestar tareas en el marco del trabajo esencial, por la sencilla razón que el personal de la salud presta sus tareas con personas que pueden presentar casos sospechosos o confirmados de coronavirus y en cantidad mayor de trato a lo que puede presentarse en el trabajo a otro trabajador esencial.

Se trata de una discriminación inversa en favor de dicho personal. Como lo mencionáramos supra, dicha presunción para los trabajadores de la salud también deberá operar ante la Comisión Médica Central, en el sentido que si algún trabajador o trabajadora de la salud contrajo SARS-CoV2 tiene relación de causalidad directa e inmediata con la labor desempeñada. Nuevamente se trata de una presunción iuris tantum pues las aseguradoras de riesgos del trabajo mantienen la posibilidad de refutar ello y acreditar ante el organismo administrativo que ello no es así.

III.5. Vigencia

Por el art. 5° se refiere que los fondos que las aseguradoras de riesgos del trabajo o empleador auto asegurado deba tomar el fondo fiduciario de enfermedades profesionales será hasta los 60 días posteriores al cese del ASPO, lo cual me lleva a inferir que esa será la fecha de finalización de vigencia.

Por otra parte, por el art. 7° la misma norma determina de manera retroactiva que comienza a tener vigencia a partir del 19/03/2020 (entrada en vigencia del dec. 297/20). Al respecto el art. 5° del Cód. Civ. y Com. norma que las leyes prescriben desde el octavo día de su publicación o desde la fecha que ellas determinen. Es decir, cuando las leyes determinen no hace referencia hacia el futuro, sino a un día determinado por la misma norma que puede ser anterior o el mismo día de publicación. En la práctica las normas comienzan a regir hacia el futuro y ello es el principio general, pero en el caso de emergencia sanitaria y a los efectos de que los trabajadores esenciales tengan una cobertura de prestaciones médicas por parte de las aseguradoras el Poder Ejecutivo consideró con mayor sentido humanitario que esta tenga vigencia desde que se dictó el ASPO.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

La pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud el 30/01/2020 a consecuencia del COVID-19, muestra que el sistema de riesgos del trabajo se encuentra pergeñado a la sazón de la creación de un mercado de capitales que antes no existía como son las aseguradoras de riesgos del trabajo. En efecto, la LRT generó un mercado de capitales que antes no existía como son las aseguradoras de riesgos del trabajo, y así el subsistema de riesgos del trabajo le dio al Estado “una tranquilidad” de no tener que hacerse cargo de los trabajadores y trabajadoras infortunadas que debían acudir al sistema de salud pública. Del mismo modo, también se le dio un salvoconducto salvaticio a las obras sociales en poder de los sindicatos (con personería gremial) y de este a la medicina privada (obras sociales, prepagas, entre otras) de no tener que soportar a los trabajadores infortunados. Quiero dejar asentado que en nada veo de malo la generación de un merca-

do de capitales, sino que la Constitución Nacional literalmente para la cuestión social lo toma y lo pone en cabeza del Estado conforme art. 14 bis tercer párrafo de la CN: “El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social...”.

El listado taxativo de enfermedades profesionales y su no integración definitiva del COVID-19 como enfermedad profesional pone en crisis nuevamente al art. 6°, segundo párrafo de la LRT. Dicho art. 6° no fue puesto en crisis por la CS ya que no declaró su inconstitucionalidad en el precedente “Silva Jesús c/Unilever S.A.”⁽¹²⁾ porque el reclamo efectuado por una enfermedad “extra sistémica” lo fue por la vía del art. 75, LCT, es decir por la vía de una acción laboral⁽¹³⁾. También debe tenerse presente a los Convenios 121, 155, 187 y Recomendación 164 todos de la OIT que entiende que las reparaciones deben efectuarse conforme al linaje que estas sean generadas y con base en el derecho y principios laborales y de los derechos humanos.

Consideramos incompleto y violatorio de los arts. 14 bis y 19 de la CN que el infortunado o sus derechohabientes deben seguir el trámite administrativo de enfermedad no listada para poder lograr una reparación, cuando por el simple hecho del reconocimiento de enfermedad profesional diagnosticada como COVID-19 implica la posibilidad de ser reparado sin más trámite tendiente que a ello. En otras palabras, que un trabajador/a deba realizar un trámite previo para que se reconozca solo a su caso en particular el carácter de enfermedad profesional, y que luego deba promover un nuevo expediente administrativo para ser reparado según la LRT implica un atentado al art. 8°, inc. 1° de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Por ello entendemos que el dec. 367/2020 tiene la característica de *ser o no ser*, porque reconoce prestaciones médicas y en tal sentido les prohíbe a las aseguradoras el rechazo de la enfermedad, pero al no incorporar como enfermedad profesional al COVID-19 pone en cabeza del trabajador o sus derechohabientes el tener que transitar un camino largo (aun con presunciones a su favor) para ser indemnizados. En consecuencia, cada trabajador o sus derechohabientes decidirán conjuntamente con su letrado/a cuál es el mejor camino para obtener la reparación⁽¹⁴⁾.

Para finalizar, considero oportuno citar a Mario Benedetti cuando en una conferencia dijo:

(12) S. 1789. XL. RECURSO DE HECHO. Silva, Facundo Jesús c/ Unilever de Argentina S.A. CSJN. 18-12-2007

(13) Al respecto debido al acotado marco del presente trabajo, remito a mi tesis doctoral análisis de la Ley de Riesgos del Trabajo a la luz de tratados internacionales y los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

(14) En la Provincia de Bs. As. no será necesario efectuar todos estos trámites para obtener una indemnización pues la ley de adhesión provincial 14.997 y el art. 2°, inc. J de la ley 15.057 en modo alguno incluyen al trámite administrativo de la enfermedad profesional no listada como valla para el acceso a la justicia.

“Cuando creíamos que teníamos todas las respuestas, de pronto cambiaron todas las preguntas”.

V. Bibliografía

Convenio OIT 121 sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, 1964 [Cuadro I modificado en 1980] (núm. 121)

Convenio OIT 155 sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981 (núm. 155).

Convenio OIT 187 sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo, 2006 (núm. 187).

Recomendación OIT 164 sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981 (núm. 164).

Resolución 90/2019 SRT.

Decreto 367/20.

Resoluciones SRT 1278/00, 175/15, 90/19, 38/20, 40/20, 44/20, 59/20.

ARESE, César, “La compleja condición del coronavirus como enfermedad profesional según DNU 367/2020”, Ed. Rubinzal — Culzoni, Cita: RC D 1598/2020.

ACKERMAN, Mario, “El coronavirus abre un debate en el núcleo duro del sistema de la LRT”, Ed. Rubinzal — Culzoni, Cita: RC D 1462/2020.

LANTELLA, Eduardo, “Fallo Marchetti de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires y el acceso directo a la justicia en los casos de la enfermedad COVID-19”.

NATALE, Mariano, Tesis doctoral, “Análisis de la ley de riesgos del trabajo a la luz de los tratados internacionales y los fallos de la corte suprema de justicia de la nación.”, cap. II. 6, Universidad de San Carlos de Guatemala, Ed. Rubinzal- Culzoni, Cita: RC D 2587/2020.

CURUTCHET, Eduardo, BARREIRO, Diego, FORMARO, Juan, “Coronavirus. Procedimiento para su cobertura en el régimen de riesgos del trabajo”.

Tribunal del Trabajo N° 1 de San Miguel, “Guisolfo, Miriam y otros c/Gobierno de la Provincia de Buenos —Hospital Mercante— y otro s/Amparo (IN-FOREC 229)” causa 22.935.

¡AL GRAN PUEBLO ARGENTINO, SALUD!

Por Gabriela Novach

I. EL DERECHO A LA SALUD. MARCO NORMATIVO DE SU ASEGURAMIENTO

Para comenzar, brevemente cabe precisar que la Organización Mundial de la Salud (OMS) establece que el goce del derecho a la salud está estrechamente relacionado con el de otros derechos humanos tales como los derechos a la alimentación, la vivienda, el trabajo, la educación, etc. y que abarca libertades, entre las que se incluye el derecho de las personas a controlar su salud y su cuerpo sin injerencias, y también derechos, en lo que se refiere al acceso a un sistema de protección de salud que ofrezca a todas las personas las mismas oportunidades de disfrutar el grado máximo de salud que se pueda alcanzar.

Bajo esa perspectiva, el derecho humano a la salud se encuentra garantizado por tratados internacionales incorporados en nuestra Constitución Nacional en el art. 75, inc. 22 (Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en su art. 25.1, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) (1966) en su art. 12, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), dispone en su art. XI y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) lo aun indirectamente en su art. 4°.

Por otra parte, el art. 14 bis de la Constitución Nacional, establece: “El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá el carácter de integral e irrenunciable” y pone en cabeza de este la implementación, organización y control del sistema de salud, representándose por ello como un deber constitucional plenamente exigible, aún sin mediación del legislador.

En ese andarivel, y a partir de una conceptualización del derecho a la salud como una derivación del derecho a la vida y en palabras de Morello, a la vida digna, la CS sostuvo que la autoridad pública tiene la obligación imponible de garantizar con acciones positivas el derecho a la preservación de la salud, comprendido en el derecho a la vida, más allá de las obligaciones que pesen sobre las obras sociales públicas o privadas y en virtud de los

deberes que imponen los tratados con jerarquía constitucional ⁽¹⁾. Según la regla establecida por el Tribunal, el Estado Nacional tiene una responsabilidad subsidiaria en la prestación de los servicios de salud que se atribuyen a las obras sociales y a los entes locales, pero primaria y principal en la articulación de las políticas sanitarias en la supervisión y fiscalización de aquellas obligadas y en la respuesta urgente cuando las prestadoras de servicios de salud incumplan la prestación como se ve emerge una regla hacia el futuro que exige una articulación y armonización creativa, operativa y eficaz de los servicios profesionales y del sistema de provisión de medicamentos necesarios entre todos los prestadores involucrados, Tal articulación puede exigir la instrumentación de compensaciones mediante leyes convenio ⁽²⁾.

A fin de asegurar la salud de los argentinos, claramente se necesita un actor central que conduzca estas estrategias y obligue a los participantes a aceptar objetivos razonables y vele por el respeto de los compromisos. A tal fin, el Estado Nacional eligió tercerizar su obligación constitucional de brindar el servicio de salud, primordialmente a través de las denominadas "Obras Sociales" que son organizaciones constituidas mediante el aporte obligatorio de sus afiliados y empleadores, que tienen necesidad de inscripción en un registro especial, sujetas a contralor estatal e integradas en el sistema nacional de salud y cuyos fines son la prestación de los servicios de salud y sociales a los afiliados para lo cual cuenta con la afluencia de los medios económicos que administra a fin de organizar adecuadamente tal servicio ⁽³⁾, y para ello, ha de contemplarse la competencia, idoneidad y dedicación de los profesionales que se incorporen a este, incluidos los especialistas, como así también el de toda infraestructura médica (CS, Fallos 306:187)

Ahora bien, por los años 70 y en el marco del debate de la llamada "Cuestión Social", el sociólogo francés Robert Castel, señaló que el sector asalariado acampó en los márgenes de la sociedad, después se instaló en ella, pero siguiendo subordinado, y finalmente se difundió hasta envolverla de un extremo a otro, para imponer su marca en todas partes, porque, afirma, el salariado ha llegado a estructurar nuestra formación social casi en su totalidad, incluida el área de salud.

En efecto, a mediados del siglo XX los trabajadores a través de sus organizaciones sociales, en el caso, los sindicatos, decidieron asumir el desarro-

(1) Conf. Considerando 16 del voto de la mayoría en autos, "Campodónico de Beviacqua Ana Carolina c/ Ministerio de Salud y Acción social" Fallos 323:3229 (2000), El derecho, 24/11/2000. Con nota de MORELLO, Augusto M., "El derecho fundamental a la vida digna".

(2) Conf. GELLI, María Angelica, "Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada" Ed. La Ley, 2014, t. I p. 493.

(3) MOSSET ITURRASPE, LORENZETTI, Jorge, LORENZETTI, Ricardo, "Contrato médico" Ed. La Rocca, 1991, p. 342.

llo de estructuras sociales que dieran respuestas a la problemática de salud y sus determinantes, en pleno auge del desarrollo industrial posguerra y en el marco de un movimiento político que instalaba en el centro de la escena a la clase trabajadora y fortalecía su conciencia de clase, en concordancia con el desarrollo de una concepción del Estado que comenzaba a bregar por el bienestar de sus ciudadanos. Francisco Leone sostiene que así nació el seguro de salud en la Argentina, por decisión de los trabajadores y por fuera de las estructuras del Estado ⁽⁴⁾.

Así tenemos que el informe del INDEC arroja que en la actualidad existen 285 obras sociales de las cuales 208 son sindicales. También, que la totalidad de beneficiarios de obras sociales por naturaleza institucional en el año 2018 ascendió a 21.308.143, de los cuales 12.234.605 pertenecen a obras sociales sindicales y el resto, a otros sistemas (personal de dirección, empresa, estatales, administración mixta) ⁽⁵⁾, que incluye no solo a los trabajadores en relación de dependencia, sino además a los monotributistas que eligen y pagan la obra social de su preferencia en el marco del listado que confecciona la Superintendencia de Servicios de Salud de la Nación.

Ahora bien, esas obras sociales si bien son coordinadas operativamente tanto médica como financieramente por los sindicatos funcionan gracias al aporte del trabajador dependiente en función del 3 % de su salario, del 6 % en el caso del empleador, y también del monotributista, es decir, con aportes privados que solo el Estado Nacional subsidia a través del Fondo Solidario de Redistribución, cuyo objetivo principal es el reintegro del dinero a las obras sociales por tratamientos complejos y costosos a través del Sistema Único de Reembolsos (SUR), el que lamentablemente solo perciben las obras sociales pertenecientes a sindicatos afines al gobierno de turno.

En definitiva, cabe concluir que mediante el sistema de las obras sociales se estructura el servicio de salud en Argentina, y que este se integra con aportes privados del “trabajo en sus diversas formas” como consagra el art. 14 bis de la CN que asegura el derecho de salud del colectivo “trabajadores” en la medida antes apuntada.

II. ¿DERECHO A LA SALUD O A LA ENFERMEDAD?

El régimen de la Ley de Contrato de Trabajo en su redacción original de 1974, por un lado, estableció el deber genérico de asegurar al trabajador condiciones psicofísicas dignas en su art. 75, y por el otro, el otorgamiento

(4) LEONE, Francisco, “Las obras sociales en Argentina. Un sintético relato histórico”, Voces en el Fénix, julio 2020

(5) INDEC, Beneficiarios totales obras sociales período 2013 a 2018

de un régimen de licencias por enfermedad en los plazos y condiciones similares a los establecidos por los arts. 208 a 212 en su redacción actual.

En ambos supuestos, la causa-fin de las normas aludidas se mantienen hasta la actualidad (v. textos, art. 75 conf. dec. 390/1976 y ley 27.323 de 2016) pese a que se incorporó otro operador ajeno a las partes del contrato en materia de salud, higiene y seguridad del trabajo, las aseguradoras de riesgos del trabajo, pero que en la práctica diaria no merece mayores complicaciones, por lo que cabe concluir que en términos generales, el derecho a la salud de los trabajadores se encuentra garantizado mediante la licencia médica paga en caso de enfermedades que requieran de tratamientos prolongados, y por las indemnizaciones de la ley 24.557 y ccdtes. en caso de siniestros ocurridos en ocasión del trabajo.

En ese contexto, no encuentro una línea divisoria entre el derecho a la salud del que goza el trabajador que como vimos se encuentra garantizado no solo por la normativa aplicable sino también por el sistema de obras sociales sindicales, y el derecho a enfermarse en el marco del contrato individual de trabajo ya que, son en realidad, un espejo invertido.

Sin embargo, en el desarrollo de las relaciones laborales son muy frecuentes las incertezas que se generan cuando el trabajador se ausenta a su puesto de trabajo en forma intermitente, aludiendo a razones de enfermedad, y que dan lugar a numerosas controversias relativas a la justificación de las inasistencias.

El debate en cuestión, amerita la formulación de la siguiente pregunta: si el ausentismo reporta a problemas sociales particulares o a una pluralidad de dificultades que hay que enfrentar una a una o bien hay una sola cuestión que hay que enfrentar, el ausentismo laboral por causa de enfermedad y en su caso, la problemática que, en la práctica, origina su justificación. Es esta una manera de dividir las dificultades en tantas partes como sea necesario para resolverlas mejor según el discurso del método de Descartes.

III. LA PROBLEMÁTICA DEL AUSENTISMO LABORAL

La ausencia de los trabajadores en su puesto de trabajo es un fenómeno característico e inevitable del mundo laboral. Producido por un amplio abanico de motivos, tiene considerables costos asociados (tanto organizativos como económicos) hasta el punto que es una de las cuestiones que más preocupación suscita en el mundo del trabajo. Desde este punto de vista, el denominado “ausentismo”, —término que pareciera institucionalizar la ausencia laboral desde un punto de vista estigmatizante y negativo para el trabajador “el faltazo”—, no configura un mero hecho laboral sino también

un factor socio-laboral que exige el abordaje que contemple los aspectos sociales, culturales y económicos.

Este fenómeno, ha impulsado que nuevas ciencias y teorías hayan desarrollado en el estudio de la personalidad del ser humano, tratando de indagar en las causas que originan sus diferentes motivaciones en forma individual y colectiva, las que desde siempre han tenido impacto en su desarrollo, siendo los focos principales de estudio la satisfacción y la insatisfacción en el quehacer del individuo. Las conclusiones arribadas en este último hecho, han derivado en un sinnúmero de teorías sobre las causas por las que los individuos se involucran cada día en su quehacer diario o en el abandono de sus labores, provocando ausentismo que afecta al aparato productivo de un país.

Las tareas se comparten dentro de la empresa, siendo el factor de ausentismo atribuible siempre al empleado como un problema inmediato, que atañe a diferentes factores, tales como el de salud o incumplimiento a las normativas laborales. Para el empleado que cumple con su jornada laboral representa un incremento en su carga laboral y la molestia de asumir las responsabilidades del compañero ausente generando un desbalance e insatisfacción, más aún cuando este esfuerzo no es reconocido en la parte personal y económica del empleado. Así también, para el empleado que falta significa un escape para reducir su estrés laboral o la manifestación de su insatisfacción derivada de una falta de compromiso para con la empresa, o simplemente por vagancia, la cual en muchas ocasiones es patrocinada por las condiciones legales del medio, paternalismo de jefatura, inconsecuencia de actitud frente a su labor dentro de la empresa, etcétera.

Para un importante empresario textil argentino, que propone un cambio de paradigma en el sistema impositivo nacional mediante la eliminación de más de 100 impuestos inútiles por otros progresivos que se cobren a quienes tienen y cuanto lo tienen y por impuestos al consumo de energía domiciliaria en remplazo de los múltiples impuestos al trabajo, entre otras ideas, el incremento de productividad y el aumento en la certeza de las condiciones laborales, implicará que habrá personas que quieran cambiar de empresa, o un incentivo para cambiar, lo cual los estimulará a continuar con su educación al abrirse nuevas posibilidades de empleo. Y dice que en la actualidad cuando eso sucede, adoptan un comportamiento mediante el cual se hacen despedir y para hacerlo se accidentan, faltan o trabajan a desgano, etc., generando un mal clima en la empresa y con sus compañeros, que bajan el nivel de productividad ⁽⁶⁾.

(6) KARAGOZIAN, Teddy, "Revolución Impositiva", Latingrafica septiembre de 2019, p. 74 y ss.

Teniendo en cuenta la relevancia que presenta el ausentismo para los actores del mundo laboral, el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social (MTEySS), decidió incorporar esta temática a la Encuesta de Indicadores Laborales (EIL) que se releva mensualmente, con el fin de poder brindar una medición agregada del fenómeno para el conjunto de firmas privadas de 10 (diez) y más trabajadores, excluyendo las del sector primario.

La EIL es un programa estadístico llevado adelante por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social desde enero de 1996 solo en Gran Buenos Aires. A partir de mayo de 1998 se fueron incorporando gradualmente el resto de los aglomerados. Actualmente la cobertura de la EIL con los 8 aglomerados relevados alcanza al 67% del total del empleo asalariado registrado en empresas de 10 o más trabajadores, excluyendo las que se encuentran en el sector primario. Los resultados corresponden a un promedio mensual aproximado de 2.300 empresas privadas del sector formal de 10 y más trabajadores, de todas las ramas de actividad exceptuando las primarias.

El último informe del Ministerio de Trabajo de la Nación. Incidencia del Ausentismo Laboral en las empresas privadas de los principales centros urbanos correspondiente al primer semestre de 2016, arrojó como resultado por la EIL que, en promedio en el primer semestre de 2016, el 15,7% del total de los asalariados en empresas privadas se ausentó al menos un día en el mes. Con respecto a la cantidad de días de ausencia, se advierte que cada persona que se ausentó lo hizo en promedio 5 días. Una medida más precisa que refleja la magnitud de esta temática es la proporción de trabajadores que se ausentan por jornada laboral, dado que este indicador tiene en cuenta tanto la proporción de personal ausente como la duración de la inasistencia. Así, en el primer semestre del año 2016, en cada día hábil de trabajo se ausentó, en promedio, un 3,9% del total de la dotación de personal.

Como vemos, si bien el porcentaje de ausentismo laboral no es escandaloso, lo cierto es que se advierte que este responde al tipo de ausencia intermitente.

IV. LA AUSENCIA POR INDISPOSICIÓN

He dejado claro que el ausentismo laboral no responde exclusivamente a cuestiones de salud sino a otras de otra índole. Sin embargo, en nuestra materia, el área problemática de la cuestión en análisis, claramente se cierra a un tipo particular de ausencia del trabajo, que la doctrina española denomina “indisposiciones laborales” que se caracterizan por su raíz médica y su escasa duración (máximo de tres días naturales seguidos).

En efecto, la práctica judicial diaria, me permite referir que ese tipo de ausencia es más generalizada en la actividad de comercio y en el sector administrativo de la industria, no así, en los puestos técnicos o gerenciales, se caracteriza por su carácter intermitente (dos o más veces al mes), pero sostenida en el tiempo, y en los casos en los que se las justifica, el trabajador /a lo hace mediante certificados médicos expedidos por instituciones ajenas al sistema de la obra social sindical a la que pertenecen y de distintas especialidades (gastroenterología, psicólogo, traumatólogos, en la mayoría de los casos). Esta situación trae aparejado una desconfianza en el empleador que desmorona toda buena fe de su parte, ya que, por un lado, los servicios médicos destinados al control de la enfermedad de empleados generalmente son de dudosa eficacia y por el otro, asume una conducta de represalia mediante el descuento compulsivo de haberes, lo que repercute en el ingreso del trabajador, en otras palabras, los dos pierden.

Vale recordar que la ley de contrato de trabajo no prevé el caso de ausencia por enfermedad por “indisposición” paga sino por periodos prolongados, y solo la contemplan algunos convenios colectivos de organizaciones gremiales que engloba personal de empresas privadas y administración pública en su mayoría. También, que mientras que las indisposiciones no suponen merma alguna para el sueldo del trabajador, puesto que *prima facie* no conllevan descuentos salariales, sí suponen pérdidas económicas para las empresas que las permiten o las tolera para evitar futuros conflictos, y no verse involucrado en un incumplimiento contractual ligado al derecho de salud, pero el costo de esas horas no trabajadas se compone de una suma salarial para el trabajador (que no está), más la cotización a la seguridad social obligatoria y sin sumar costos por sustitución, puesto que esas ausencias al ser de corta duración, no se suplen.

Esta problemática no es exclusiva de nuestro país. En efecto, el Estatuto de los Trabajadores de España, estableció como causa objetiva de la extinción del contrato de trabajo “las faltas de asistencia al trabajo, aún justificadas pero intermitentes, que alcancen el 20 % de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, o el 25 % en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses. No se computarán como faltas de asistencia, a los efectos del párrafo anterior, las ausencias debidas a enfermedad o accidente no laboral cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de veinte días consecutivos, ni las motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de Salud, según proceda”.

Ahora bien, ¿con qué herramientas contamos nosotros?

V. AVISO Y CONTROL: EL EJE DEL CONFLICTO

Para comenzar, no debe nunca soslayarse que frente a la problemática en juego se encuentra comprometido un bien jurídico fundamental como es la salud del trabajador, íntimamente relacionado con la vida y la dignidad de este.

Partiendo de esa premisa, la LCT prevé que ante un caso de enfermedad el trabajador tiene la obligación de dar aviso al empleador sin la carga de acreditarla con posterioridad. A su vez, el empleador tiene el derecho de controlar la existencia de la enfermedad denunciada y el trabajador la obligación de someterse a ese control, generalmente tercerizado a una empresa de servicio médico (arts. 209 y 210 LCT). He aquí el problema.

Como anticipara, en los casos de ausencias intermitentes o “indisposiciones” muchos trabajadores pretenden justificarlas con certificados médicos de dudosa procedencia, por cuanto claramente no responden a cuestiones de salud, pero también sucede que mientras que si se produjo por motivos razonables y fundados, como ser concurrir a su médico, realizar estudios o tratamientos médicos correspondientes a su dolencia etc., el servicio médico contratado por el empleador informa una ausencia en el domicilio sin reiterar la visita, por lo que en muchos casos, a los efectos de determinar con certeza el estado de salud del trabajador, debe recurrir a una tercera opinión, es decir, sigue sumando costos laborales.

Este escenario de desconfianza mutua y de entrecruzamiento de obligaciones, da lugar a numerosos conflictos en los lugares de trabajo, teñidos de conductas no deseadas por parte de los trabajadores y empleadores, que muchas veces culminan con la extinción de la relación laboral.

Lamentablemente, hoy no contamos con una normativa previsible o con un método imparcial que ofrezca soluciones concretas respecto de las situaciones en las que existan discrepancias médicas, ni tampoco prevé organismos oficiales en los que se pudiera dirimir la cuestión, ya que la ley actual eliminó el sistema establecido en el texto original de la LCT que obligaba al empleador a solicitar a la Autoridad Administrativa la designación de un médico oficial que dictaminara sobre el estado de salud del trabajador ausente en caso de discrepancia. Si no cumplía con este requisito, prevalecía el certificado presentado por el trabajador. También, el art. 227 establecía que corresponde al trabajador la libre elección de su médico, pero estará obligado a someterse al control que se efectúe por el facultativo designado por el empleador. En caso de discrepancia entre el médico del trabajador y el del empleador, este deberá solicitar a la autoridad de aplicación la designación de un médico oficial, quien dictaminará al respecto. Si el empleador no cumpliera con este requisito, se estará al certificado presentado por el trabajador. Posteriormente la dictadura militar en 1976 mediante la

ley 21.297 modificó el texto original de la ley 20.744 y excluyó del texto legal el procedimiento ante la autoridad de aplicación como tercero imparcial.

Ante este ese vacío legal, distintas jurisdicciones crearon juntas médicas para dirimir esas diferencias. Recientemente la disp. 3396/2018 del Gobierno porteño otorga la posibilidad de constituir una Junta Médica Laboral en el ámbito de la Subsecretaría de Trabajo, Industria y Comercio, con el objetivo de brindar apoyo médico gratuito y ayudar a dirimir las divergencias médicas, a través de un dictamen técnico científico no vinculante, garantizando el ofrecimiento de pruebas de las partes, la instancia judicial para recurrir la decisión en caso de continuar la discrepancia, aunque paradójicamente el procedimiento no establezca el patrocinio letrado obligatorio.

VI. CONCLUSIONES Y ALGUNAS PROPUESTAS DE SOLUCIÓN

Frente a los conflictos analizados, el eje trazado por los arts. 209 y 210 de la LCT no ha dado resultados positivos: para el trabajador, por el temor de ser estigmatizado como un “vago” por el solo hecho de ausentarse a su puesto de trabajo y a ser víctima de la represalia mediante el descuento de haberes por ausencias injustificadas, muchas veces decididas por un servicio médico de nula imparcialidad —puesto que de lo contrario seguramente perdería el cliente—, y para el empleador, por el hecho de padecer abusos de parte de trabajadores deshonestos que acompañan certificados médicos de improbable autenticidad con el objeto de ocultar una inasistencia que nada tiene que ver con la salud, o sin acompañar ninguno, y de tener que abonar no solo a ese trabajador por una labor no prestada, sino además, al servicio médico que contrata para el control de las enfermedades de sus dependientes que no le reportan ninguna eficacia.

Una primera solución, es la planificación de parte de la empresa, mediante la elaboración de un reglamento interno a fin de fijar las pautas de procedimiento frente a las ausencias por enfermedad, en el cual se determine expresamente, entre otras cosas: la obligación de avisar hasta una hora determinada de la jornada de trabajo, a efectos de poder organizar el trabajo interno en función de la falta de un puesto de trabajo y de acreditarla mediante certificado médico, bajo apercibimiento de aplicar sanciones progresivas, que pueden llegar hasta la suspensión, la cual no obliga al pago de la remuneración.

En caso de que el certificado médico acompañado no sea expedido por la obra social o el trabajador haya sido atendido en forma urgente por intermedio de otra institución cercana a su domicilio o esté impedido de concurrir por razones fundadas, la obra social, que funciona gracias a los aportes del trabajador y del empleador, deberá contar con una oficina de control de medicina laboral cuya imparcialidad se presume asegurada. Este sistema

evita primeramente que el trabajador sea víctima de los abusos de las empresas de servicios y del propio empleador voraz en procurar descuentos salariales y garantiza una atención prolongada en el tiempo que implican resultados más eficaces, elimina la danza de certificados médicos y además, le reduce costos al empleador destinados a abonar no solo la obra social del trabajador sino además, el servicio de medicina domiciliaria y los juicios laborales que la ineficacia del sistema le reportan.

La segunda, es la reforma de los arts. 209 y 210 de la LCT con estas pautas y la implementación del servicio de medicina laboral en la obra social sindical a través de la Superintendencia de Seguros de Salud. La inclusión del tipo de ausencia denominado “indisposiciones” en la LCT o en los convenios colectivos de modo generalizado.

El problema crucial no es crear nuevos empleos. El problema crucial es crear nuevos empleos en los que los humanos rindan mejor que los algoritmos. (Noah Harari, “*Homo sapiens*”).

TECNOLOGÍA Y TRABAJO: EL NUEVO PARADIGMA EN LAS RELACIONES LABORALES

Por Osvaldo Javier de Ugarte

“El gran motor del cambio es la tecnología”.

Alvin Toffler ⁽¹⁾

I. INTRODUCCIÓN. EL MUNDO DE HOY PARA CONOCER EL MUNDO DEL MAÑANA

La historia del hombre no habría sido la misma de no existir la interrelación entre el mundo de las ideas y el progreso tecnológico, que ha ido —ciertamente— modificando y evolucionando a las sociedades hasta llegar a nuestros días.

Ya desde sus comienzos, en tiempos prehistóricos, el propio desarrollo del ser humano ha tenido lugar gracias a los desarrollos técnicos.

La tecnología se revela como unos de los motores de la evolución social: sin el desarrollo tecnológico no habría sido posible el avance social.

Trabajo y tecnología han caminado siempre de la mano. La tecnología es obra del trabajo humano y este ha resultado siempre modelado en sus principales características por la propia tecnología. Hoy está sucediendo nuevamente.

En estos tiempos estamos viviendo una revolución comparable a las otras dos que ya han transformado a la Humanidad: la Revolución Neolítica y a la Revolución Industrial.

A lo largo de la evolución del hombre se sucedieron diferentes revoluciones.

(1) Alvin Toffler (1928- 2016). Escritor, sociólogo y futurista o futurólogo estadounidense, doctorado en Letras, Leyes y Ciencia, conocido por sus discusiones acerca de la revolución digital, la revolución de las comunicaciones y la singularidad tecnológica.

Si nos detenemos a ver el significado de ambas palabras vemos que se encuentran muy emparentadas: Evolución: (del lat. *evolutio*) Serie de transformaciones continuas que va experimentando la naturaleza y los seres que la componen; Revolución: (del lat. *revolutio*) Cambio profundo, generalmente violento, en las estructuras políticas y socioeconómicas de una comunidad nacional. Cambio rápido y profundo en cualquier cosa.

Hoy atravesamos la segunda, con paso acelerado el camino de la primera.

Y claro está, toda revolución tecnológica ha provocado, en el pasado, una profunda reorganización de la economía y de la sociedad.

El mundo del trabajo ha abordado numerosos cambios a lo largo de la historia.

Como se dijo, la creación de la rueda propició a la creación de medios de transportes más efectivos.

La aparición de la luz de carbón modificó la jornada de trabajo, la que hasta entonces solo abarcaba los períodos de luz natural.

La aparición del sistema Fordista de producción consiguió establecer procesos de producción en línea, optimizando los tiempos y logrando unidades uniformes al apartarse del sistema artesanal del trabajo.

En el siglo XVIII comenzó una gran revolución industrial, cuyo objetivo general era la transformación y control de la energía para aplicarla adecuadamente a la fabricación.

Hoy puede decirse que está en marcha, entre otras, una nueva revolución, la Revolución de la Informática; la materia de objeto de esta nueva revolución es la información, o sea, datos, conocimientos y programas.

Gran avance constituyó la incorporación de la robótica y de la informática, empujando a los trabajadores a una nueva escala en cuestiones de producción y especialización de sus labores.

Y esta revolución tendrá consecuencias más amplias.

No es la única innovación de los últimos años, pero constituye el factor común que permite y acelera todas las demás. Sobre todo, en la medida que la informática transforma el tratamiento, el almacenamiento y la transmisión de la información, va a modificar el sistema de las organizaciones y de la sociedad en su conjunto.

II. LOS NUEVOS ESCENARIOS

Resulta interesante (más allá de lo acertado o cuestionable de sus conclusiones finales) una descripción que sobre la evolución citada efectúa el Premio Nobel, Jeremy Rifkin ⁽²⁾ y su vinculación con el trabajo: "...Los saltos cualitativos en el empleo siempre se producen en períodos de la historia en que se establecen nuevos regímenes energéticos y se diseñan infraestructuras adaptadas a dichos sistemas. La utilización del carbón y la energía de vapor y el trazado de la infraestructura ferroviaria continental entre el final de la guerra de secesión y la primera guerra mundial en los Estados Unidos y Europa crearon millones de puestos de trabajos, al igual que el uso del petróleo y la introducción del motor de combustión interna y el trazado de carreteras y electrificación de fábricas y comunidades en los primeros sesenta años del siglo XX. Estos nuevos regímenes energéticos —primera y segunda revolución... el impacto de la tecnología se evidenciará en el aspecto cualitativo del trabajo. Más allá que no sepamos la magnitud o los límites que puede alcanzar, ya advertimos que habrá cambios e incluso somos testigos de algunos de ellos...las nuevas tecnologías en los campos de los ordenadores y de las telecomunicaciones están, finalmente, produciendo los impactos largamente anunciados sobre el mercado laboral y sobre las economías nacionales, llevando a las diferentes comunidades que conforman nuestro mundo actual al inicio de una tercera gran revolución industrial..." ⁽³⁾.

En definitiva, asistimos al nacimiento de una nueva sociedad donde la gestión, la calidad y la velocidad de información se convierten en factor clave de la competitividad: como insumo para el conjunto de la industria y como servicio prestado a los consumidores finales, las tecnologías de la información y la comunicación condicionan la economía en todas sus etapas.

Unido a los cambios que están produciendo la aplicación de nuevas tecnologías de la información y de la comunicación (TIC), los avances de las ciencias de la vida —biotecnologías— generarán modificaciones en la productividad comparables a los citados, mediante actividades de creación e innovación en ámbitos muy competitivos de la industria y la agricultura.

Las TIC impactan en el desenvolvimiento de la sociedad y a partir del fenómeno podemos asistir a las funciones habituales del día a día: modalidad de educación a distancia —con la transformación en el sistema educativo que subyace con ello—, la consulta *on line* de catálogos y las compras *on line* a través de portales específicos; los chat que se abren al visitar la página web

(2) Jeremy Rifkin (1945). Sociólogo, economista, escritor, orador, asesor político y activista estadounidense. Rifkin investiga el impacto de los cambios científicos y tecnológicos en la economía, la fuerza de trabajo, la sociedad y el medio ambiente.

(3) RIFKIN, Jeremy (1995), "The End of Work: The Decline of the Global Labor Force and the Dawn of the Post-Market Era", Putnam Publishing Group.

de negocios comerciales, y la lista sigue, incluyendo a los medios empleador en la relaciones laborales para comunicarse entre las partes.

En otro de los aspectos de este proceso histórico, surgen nuevas ideas, elementos, que luchan para ser considerados e incorporados a los sistemas tradicionales a los que estamos acostumbrados.

Y ello también constituye un nuevo desafío. ¿Seremos capaces de lograr la incorporación de estas nuevas herramientas a nuevas vidas?

En esa directriz se centra el presente ensayo.

Uno de los aspectos cruciales por los que en la actualidad se están modificando sustancialmente las características del puesto de trabajo, las condiciones laborales, las experiencias de trabajo, e incluso el propio concepto de trabajo, es la creciente innovación tecnológica que, tanto en procesos de producción de bienes como de gestión de servicios se está produciendo en la actualidad.

De un modo simple, el cambio tecnológico puede ser considerado como una automatización creciente, de los procesos de trabajo.

Este cambio reside en el acelerado avance de tecnologías informáticas y de telecomunicaciones.

Por ejemplo, el trabajo automatizado produce un aumento en la autonomía y la complejidad de la tarea mientras que libera al trabajador de las tareas más rutinarias permitiéndole hacer tareas más especializadas y significativas.

Otro de los tantos ejemplos para lo mencionado es el exhaustivamente abordado “teletrabajo”, novedoso sistema de trabajo, hoy masificado ante el fenómeno mundial del COVID-19, que solo pudo concebirse a partir de los avances a los cuales hacemos referencia.

Propio del vértigo en el que nos vemos sumergidos por estos avances, tendremos que resolver nuevos desafíos.

Y es que trabajo y tecnología no siempre han tenido, en efecto, una relación pacífica y armonioso.

Desde los episodios de los primeros *machine breakers*, en terminología de Hobsbawm, hasta las más recientes movilizaciones de taxistas contra el asentamiento de plataformas digitales como Uber o Cabify, podemos encontrar signos evidentes del temor que producen los avances científicos y tecnológicos por su impacto presumiblemente negativo sobre el empleo.

Más aún, si se hace un repaso de la literatura especializada, los análisis más conocidos y publicitados sobre industria 4.0 o digitalización, que en lo

general se encuentran direccionados a descifrar cuántos y cuáles serán los puestos de trabajo que se perderán a consecuencia de la revolución digital.

Nótese que en dichos estudios el riesgo más alto de la automatización se localiza en relación con los trabajadores que tienen el nivel de cualificación más bajo y respecto de los trabajadores con remuneraciones más bajas.

Los sectores más vulnerables de las economías mundiales.

Lo apuntado pone sobre el escritorio algunas de las tendencias producidas por el avance de la tecnología, circunstancias que tendrán que integrarse en el debate y la toma de decisiones políticas sobre el presente y el futuro del trabajo con distintas cuestiones que no pueden dejar de ser advertidas.

La primera es, como se dijo, el riesgo cierto de pérdida de empleo para algunos sectores de la población trabajadora y qué hacer frente a ello.

La segunda es la necesidad y urgencia de recalificación de la población, por demás en sus estratos más bajos, para que no pierdan la carrera frente a la tecnología.

La tercera, la necesidad de proveer de ingresos a las personas que, pese al esfuerzo que pueda hacerse en educación y/o formación, no logren adecuarse a las exigencias del trabajo tecnológico y pierdan su empleo, así como la urgencia de reconsiderar en su conjunto el actual modelo de la seguridad social.

Y la última, pero no menos importante, el diferente impacto que tiene la tecnología sobre el empleo de la población trabajadora, en función de su cualificación y de sus rentas, que está produciendo una aguda bipolarización o fragmentación del mercado de trabajo y de la sociedad en dos: *winner*s y *looser*s, por emplear una terminología muy al uso, del avance de la digitalización.

Al lado de estas grandes cuestiones están otras de igual importancia que afectan a los cambios que la revolución tecnológica está produciendo sobre el trabajo y las relaciones laborales:

La actual estelaridad del teletrabajo, aún con las deformaciones de las mal consideraciones trabajos a distancia, con la desfiguración del tiempo y el lugar de trabajo y el borrado de fronteras entre la vida profesional y la vida privada.

El fortalecimiento de los poderes empresariales de organización del trabajo, vigilancia y control de este que permite la tecnología y convierte a la empresa en poco menos que un gran hermano digital y cómo ello afecta a los derechos de intimidad y protección de datos de los trabajadores, hoy convertidos en derechos digitales fundamentales.

Los nuevos y masivos riesgos para la salud en el trabajo de la intensificación del trabajo con ordenadores, robots e Inteligencia Artificial, que liberan a las personas que trabajan de las ocupaciones más duras y penosas, pero suponen nuevos riesgos físicos como el tecnoestrés, la infoobesidad, la adicción a Internet o el propio impacto emocional que supone la ausencia de contacto social o que el compañero de trabajo pueda llegar a ser un androide.

La necesidad de integrar los algoritmos y evitar los sesgos que puede producir su aplicación para la contratación, promoción, medición de la productividad o extinción del contrato de trabajo entre las decisiones empresariales que se someten a información, consulta, participación o negociación colectiva; o la reflexión sobre las figuras germinales de trabajador y empleador, que están siendo cuestionadas por la eclosión de las plataformas digitales.

Las anteriores cuestiones nos interpelan como sociedad, pero apenas están irrumpiendo en la agenda pública, más como conveniencia político sectorial que como proyecto de desarrollo.

Hace tiempo que estamos llamados a una reflexión y toma de postura sobre los derechos, instituciones y garantías que deben estar presentes en la forma de trabajar que produce la revolución tecnológica.

Y es que hemos pasado de un estado embrionario a una necesaria madurez generada a partir de la realidad y el contexto mundial, que nos han llevado a familiarizarnos de manera abrupta con los conceptos de automatización, inteligencia artificial, *e-commerce*, *e-learning*, *homebanking*, teletrabajo, trabajo remoto, neurotecnología, drones, “emprededurismo”, economía colaborativa (solo por nombrar algunos ejemplos), los cuales son consecuencias más o menos mediatas de la irrupción y desarrollo de la tecnología en el mundo, en la sociedad y en los vínculos interpersonales.

Desde siempre, o al menos desde que se sucedieron las revoluciones industriales, fue preocupación de los autores el futuro del trabajo, quienes incluso consideraron que el fin del trabajo es algo que va a suceder indefectiblemente, debido a la globalización y la incorporación de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones que aumentan rápidamente la productividad y que condena a la mayor parte de la población al desempleo.

Así llegamos a una primera reflexión: advirtiendo esta realidad es de sabios y prudentes no hacer oídos sordos y comenzar a pensar soluciones que encausen el tema.

En ese marco, la Organización Internacional del Trabajo se ha ocupado y ocupa a través de estudios, informes y propósitos para ese futuro del trabajo.

En el año del Centenario de su creación, la OIT expresó su interés por el futuro del trabajo y así declaró: “El mundo del trabajo experimenta un importante proceso de cambio. Son diversas las fuerzas que lo están transformando, desde el avance de la tecnología y el impacto del cambio climático hasta la evolución de la producción y el empleo, por nombrar algunas. La OIT necesita comprender estos desafíos y aportar respuestas eficaces para poder impulsar su mandato a favor de la justicia social. Por este motivo, el Director General de la OIT, Guy Ryder, lanzó “La iniciativa sobre el futuro del trabajo” y creó una unidad específica en la Oficina”.

La Comisión sobre el Futuro del Trabajo elaboró un informe independiente sobre la forma en que se podrá forjar un futuro del trabajo que ofrezca oportunidades de empleo decente y trabajo sostenible para todos. Este informe fue presentado en Ginebra el 22/01/2019 y sometido a consideración de la reunión del centenario de la Conferencia Internacional del Trabajo en junio de 2019.

En ese camino, en preparación de la puesta en marcha de la Comisión Mundial, los mandantes tripartitos de la OIT —gobiernos, empleadores y trabajadores— han celebrado diálogos nacionales en más de 110 países.

El trabajo de la Comisión se ha estructurado en torno a cuatro «conversaciones del centenario»: Trabajo y sociedad; Un trabajo decente para todos; La producción y la organización del trabajo; La gobernanza del trabajo.

En el Resumen Ejecutivo publicado por la OIT que lleva el nombre “Las plataformas digitales y el futuro del trabajo: Cómo fomentar el trabajo decente en el mundo digital” leemos: “Las plataformas dedicadas a la asignación de microtareas son plataformas digitales que brindan a empresas y a otros clientes acceso a una fuerza de trabajo extensa y flexible (*ocrowd*) para llevar a cabo tareas generalmente de poca envergadura que pueden ser realizadas a distancia haciendo uso de una computadora y de Internet. Se trata de tareas diversas que van desde la identificación, transcripción y anotación de imágenes hasta la moderación de contenidos y la recopilación y el procesamiento de datos, pasando por la transcripción de audio y vídeo, y la traducción. En las plataformas, los clientes publican paquetes de tareas que deben ser completados, mientras que los trabajadores seleccionan tareas y reciben un pago por cada tarea que realizan. El pago que reciben los traba-

jadores corresponde al precio indicado por el cliente menos la comisión que cobran las plataformas”⁽⁴⁾.

Para muchos no se trata de un trabajo diferente del asalariado, para otros es una forma novedosa de precarizarlo.

Estas manifestaciones hoy constituyen lo que los autores llaman fuentes materiales del derecho y hasta tanto no surjan normas propias regulatorias, la creatividad unida a los principios de nuestra disciplina sabrán dar respuesta a estas formas de trabajar.

Rifkin sostiene: “Las empresas han iniciado rápidos procesos de reestructuración de sus organizaciones para adaptarlas al uso de ordenadores. En el proceso se eliminan puestos tradicionales de dirección; se concentran categorías laborales, creando equipos multidisciplinarios de trabajo; se instruye a los empleados en distintas habilidades, acortando y simplificando los procesos de producción y de distribución perfeccionando los procesos administrativos... Este enorme incremento en la productividad”.

Visto de esta manera, la visión del futuro no resulta alentadora, más podemos advertir, como lo hace Alejandro Melamed en su obra “El futuro del Trabajo y el Trabajo del futuro” que el panorama no es tan desalentador, cuando hace referencia a un estudio de DELOITTE LTTDE 2015 el cual dice: “La tecnología ha transformado la productividad y los niveles de vida —dicen Stewart, De y Cole, los autores del estudio de Deloitte—, y, en el proceso, crearon nuevos empleos en sectores novedosos. Las máquinas seguirán reduciendo precios, democratizando lo que alguna vez estuvo reservado a una minoría y suministrando ingresos que serían dedicados a áreas de la economía nuevas o existentes. Las máquinas tomarán la posta de trabajos basados en actividades repetitivas, pero no parece ni por asomo que vayan a eliminar la necesidad de trabajo humano en mayor medida que en los pasados 150 años...”.

“En la Revolución Industrial, las manos del artesano textil fueron reemplazadas por el telar mecánico, manejado por las manos de un trabajador de baja calificación —o, en sus inicios, por las diestras manos de un niño—. En la Segunda Revolución Industrial, las manos de los trabajadores textiles (uno por máquina) fueron reemplazadas por la línea de producción, un operador accionando ad nauseam cada pequeña tarea (botón, palanca, manivela) hasta la alienación. En la tercera Revolución Industrial las manos del trabajador pasaron a actuar sobre la pieza a hacerlo sobre el tablero de control numérico. En la Cuarta Revolución Industrial, el tablero actúa solo”.

(4) OIT. Janine Berg, Marianne Furrer, Ellie Harmon, Uma Rani y M. Six Silberman, 09/04/2019. https://www.ilo.org/global/topics/future-of-work/WCMS_517566/lang-es/index.htm

El reemplazo de mano de obra humano por el robot ya es un hecho, que pareciera garantizar productividad, mayor eficiencia, dato relevante en el mercado nacional, baja de litigiosidad y conflictividad gremial.

Y en el escenario del impacto económico de la tecnología, en particular, su incidencia en el mundo del trabajo incorpora el concepto de la economía colaborativa.

“Consiste en una oleada de nuevos negocios que se sirven de internet para poner en contacto a clientes con proveedores de servicios a fin de realizar transacciones en el mundo real, como el alquiler de apartamentos por breves períodos, trayectos en coche o tareas del hogar... los partidarios de la Economía colaborativa la describen como una nueva clase de negocios, y otras como un movimiento social...”⁽⁵⁾.

Este es el marco en que se está gestando en nuestros días el trabajo del futuro y en cuyos conceptos se desarrollan las transacciones para algunos comerciales y para otros de neto corte laboral.

“Este tipo de economía crece en la medida en que se crean nuevos desarrollos tecnológicos que generan plataformas para que los usuarios intercambien bienes y servicios al margen de las empresas tradicionales. Es un modelo de trabajo que les ha dado buenos resultados a los innovadores tecnológicos, quienes crean las plataformas necesarias para el intercambio colaborativo, operando con mínimos costos y convirtiéndose en mediadores dominantes de un sector, lo cual les permite quedarse con un porcentaje de cada transacción”.

Los ejemplos más conocidos de esta economía colaborativa son Uber, Pedido Ya, Glovo, entre otros.

El fenómeno representa un desafío su encause normativo ya que, bajo lo subyacente de la comodidad y la inmediatez que supone la aplicación, hay una consecuente precarización del trabajo subordinado que algunos caracterizan como el canto de las sirenas de Homero en su épica obra La Odisea, de ser su propio jefe y disponer de tiempos conforme el libre albedrío del trabajador o mediante la mano de obra extranjera que ante la necesidad de lograr ingresos para su subsistencia acepta las condiciones que el mercado colaborativo le ofrece.

Otros lo ven como un camino a una independencia económica, muchas veces necesaria ante el creciente desempleo y precarización laboral que el Estado no ha sabido erradicar, el menos, en las últimas tres décadas de nuestra historia.

(5) SLEE, Tom, “Lo tuyo es mío. Contra la economía colaborativa”, Ed. Taurus, Buenos Aires, 2017.

Aquí está la preocupación y sobre la cual los actores sociales del Derecho del Trabajo, legisladores, abogados, magistrados, asociaciones sindicales, deben trabajar y ocuparse.

Más allá de los temores por el futuro es un hecho que las tecnologías ya han hecho su irrupción en el mercado de trabajo, en general y en la relación laboral en particular.

La preocupación sobre cómo será el futuro del trabajo comprende los desafíos que se deberán enfrentar, incertidumbres sobre cuál será la magnitud de aquel impacto, y la convicción que se debe alcanzar la configuración de un trabajo decente, al alcance de todos y encuadrado en el principio de la progresividad (derivado del principio protectorio), bajo la regulación de un Derecho del Trabajo acorde y siempre tuitivo.

Difícil olvidar el importante rol de la negociación colectiva, instrumento creador de normas, tal vez el más apto para dar respuestas y contención a estas nuevas modalidades debido a la inmediatez de los actores sociales en su faceta colectiva con este fenómeno de la economía colaborativa.

También los nuevos riesgos de trabajo: a las patologías ya conocidas, surgen nuevas y no debemos descartar el aumento de cierta siniestralidad relacionada con el transporte (moto, bicicleta, automóvil) que utilizan los trabajadores. Aquí advertimos la necesidad de revisar y adoptar las normas sobre higiene y seguridad en el trabajo.

En un mundo preocupado no solo por las fuentes de trabajo, sino también por la inclusión social, la tecnología puede resultar una herramienta para alcanzar la incorporación de trabajadores al mercado de trabajo.

Así tenemos que el trabajo remoto o el teletrabajo (producto de la aplicación de la tecnología) son alternativas que no podemos ignorar.

Brindan la posibilidad de adaptación de los horarios a las exigencias personales y/o familiares y en algunos casos sin salir de sus casas, la proximidad con la familia (mujeres embarazadas o con bebés) y el acceso al trabajo de las personas minusválidas y/o presos que no pueden desplazarse, facilita insertar a quienes ya sea por su localización geográfica, o producto de la imposibilidad de trasladarse (mujeres embarazadas, minusválidos o presos) no pueden acceder a un trabajo, con la consecuente dignidad que el mismo aporta.

Aun cuando se adviertan dificultades tales como el aislamiento, indeterminación del tiempo de trabajo, flexibilidad de la jornada laboral, la imposibilidad para algunos de separar la vida privada de la profesional es posible enfrentarlas y superarlas.

Sin embargo, no podemos omitir hacer cuanto menos una breve referencia a aquellos autores que ven en la implementación de las TIC la ratio última del desempleo, el cual necesariamente es un síntoma de exclusión.

En honor a la brevedad ya nos hemos referido a uno de ellos, Jeremy Rifkin, quien considera que el fin del trabajo es algo que va a suceder indefectiblemente, debido a la globalización y la incorporación de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones que aumentan rápidamente la productividad y que condena a la mayor parte de la población al desempleo.

El autor sostiene que para hacer frente a esa situación hay que constituir un “tercer sector” situándolo fuera del Estado y del mercado y otorgar a sus integrantes un ingreso de existencia en contrapartida de trabajos en empleos atípicos, para permitir la sobrevivencia de las víctimas directas o indirectas de esas transformaciones.

Por el contrario, otros sostienen que el desempleo debería explicarse, entre otras causas, por la tasa de crecimiento de la población económicamente activa, que es superior a la del empleo; que la disminución del volumen de empleo y de las horas de trabajo son claramente visibles en el sector manufacturero, pero al mismo tiempo crecen y se compensan en las actividades terciarias y de servicios y que en todos los sectores y ramas de actividad se incrementa el contenido inmaterial del trabajo. En definitiva: la mano del hombre será seguirá siendo indispensable, porque es el instrumento a través del cual la creatividad de aquel se expresa.

III. CONCLUSIONES

Ya para concluir, en su constante evolución el hombre ha superado los cambios que, inicialmente, generaron expectativas, temores, esperanzas, desafíos.

Hoy, transitando esta Cuarta Revolución Industrial se plantean nuevos retos para un futuro que llega todos los días, en razón a la velocidad vertiginosa de los cambios por encontrarse favorecidos y gestados por la tecnología, que, paradójicamente, se aceleran de manera exponencial frente a la irrupción de la pandemia COVID-19 y sus efectos sobre la economía mundial.

Lo digital es hoy una realidad que viene acompañado de novedosas y necesarias formas de trabajar que, bajo la apariencia de figuras no laborales, muchas veces procuran evadir las normas laborales. Problemática que en nuestro país se posiciona junto al desplazamiento del trabajador manual por un sistema robotizado y al progresivo índice de desempleo que incide de manera relevante en la pobreza creciente en la región.

Y allí, en ese punto, nodal de la cuestión que se analiza, adquieren una gran relevancia hoy los principios y las instituciones que nos proporciona el Derecho del Trabajo, como disciplina tuitiva.

Y somos conscientes que será necesaria una necesaria adecuación, aggiornamento y creación de normas capaces de dar respuestas a los desafíos y al impacto de la tecnología en materia laboral, con la clara meta de alcanzar un trabajo digno e inclusivo, sin perder de vista la imperiosa necesidad, sobre todo en el marco nacional, de una reformulación de la matriz productiva que aliente la inversión privada, motor del desarrollo de los países emergentes.

Ya para finalizar, y en respuesta a aquellos que suelen relacionar estos ensayos sobre tecnología, trabajo y futuro con relatos de ciencia ficción y visiones fantásticas que no atienden a la problemática real de la sociedad, dejamos una reflexión del actor, director y escritor estadounidense Woody Allen que hoy hacemos nuestra...“Me interesa el futuro porque es el sitio donde voy a pasar el resto de mi vida”.

LOS DESAFÍOS DEL TRABAJO Y DEL DERECHO DEL TRABAJO EN EL SIGLO XXI: LA NECESARIA ADOPCIÓN DE LA TECNOLOGÍA DEL FUTURO HOY

Por Nahuel H. Altieri

I. INTRODUCCIÓN. “LO ÚNICO PERMANENTE ES EL CAMBIO”

Decía Teodosio Palomino ⁽¹⁾, un catedrático peruano que el principio de que todo cambia, que todo se mueve y se transforma, ha llegado a ser una verdad incontestable.

Por ello para hablar del futuro nos vamos remitir primero al pasado, 480 años antes de Cristo, Heráclito de Éfeso afirmaba “que nadie puede bañarse dos veces en las mismas aguas del río” porque todo cambia o varía. O, dicho de otra forma: “Lo único permanente es el cambio”.

Hoy en agosto de 2020 tenemos el futuro entre nosotros, con impresionantes avances tecnológicos, impensados hace apenas 20 años atrás, que expondremos brevemente en este trabajo. Fíjese por favor estimado lector, que adrede consigno la fecha de este trabajo pues los avances suceden de forma tan vertiginosa que probablemente este artículo leído dentro de unos meses o unos años, resulte “prehistórico” a la luz de los acontecimientos. Con esto queremos dejar asentada la idea que la innovación tecnológica trae cambios de carácter exponencial, por contraposición a los cambios graduales o lineales que se producían con más cotidianeidad en nuestra disciplina durante el siglo XX. En consonancia con lo anterior, el ser humano educado durante el siglo XX es más renuente al cambio que uno de la generación “Centennial ⁽²⁾”, por esta clase de situaciones no es descabellado pensar que en algún juzgado hoy se siguen cosiendo expedientes con hilo sisal.

II. CONCEPTOS

La primera pregunta que debemos hacernos es ¿De qué hablamos cuando hablamos de “Innovación Tecnológica”?

(1) <http://www.justiciaviva.org.pe/eleccionescnm/consejeros/curriculos/privadas/palomino.pdf>

(2) <https://www.bbva.com/es/centennials-la-generacion-no-conocio-mundo-sin-internet/>

II.1. La llamada “Inteligencia Artificial”. Los algoritmos

La Inteligencia artificial (en adelante “IA”) es el campo científico de la informática que se centra en la creación de programas y mecanismos (algoritmos) que pueden mostrar comportamientos considerados inteligentes. En otras palabras, la IA es el concepto según el cual “las máquinas piensan como seres humanos” ⁽³⁾.

En cuanto a esta definición extraída del sitio web de un conocido software que brinda productos de “IA” para negocios, nos permitimos disentir pues las máquinas —al menos hasta ahora— no han desarrollado la “conciencia” que poseemos los seres humanos, lo que sí se encuentran capacitadas es para realizar ciertos comportamientos lógicos que emulan algunos aspectos de la inteligencia humana.

Estos algoritmos que “auto aprenden” son en realidad una serie ordenada de instrucciones, pasos o procesos que llevan a la solución de un determinado problema.

II.2. Big data

Existen diversas definiciones al respecto, se lo podría definir como un término evolutivo que describe cualquier cantidad voluminosa de datos estructurados, semiestructurados y no estructurados que tienen el potencial de ser extraídos para obtener información.

Podemos encontrar *big data* de usuarios en la navegación en la internet, las famosas *cookies* que nos advierten los sitios al ingresar a estos. Esas “cookies” almacenan nuestros patrones de comportamiento, pero no son las únicas. A quién no le ha pasado al subirse a su vehículo y que las aplicaciones Google Maps o Waze del teléfono móvil nos indiquen cuanto tráfico tenemos para llegar a “casa” sin que nosotros le hayamos informado donde vivimos (al menos voluntariamente). Más escalofriante aún es lo que le sucede al autor de este artículo, el hecho de que los domingos a la mañana al subirse a su vehículo, el teléfono móvil le sugiera el domicilio de sus padres donde acude religiosamente a comer asado.

II.3. Machine Learning. El aprendizaje de las máquinas

Esta capacidad de “aprender” respecto del comportamiento de los usuarios se la denomina *machine learning* o “el aprendizaje de las máquinas”. Se lo define como el subcampo de las ciencias de la computación y una rama de la inteligencia artificial (IA), cuyo objetivo es desarrollar técnicas que permitan que las computadoras aprendan. Se dice que un agente aprende

(3) <https://www.salesforce.com/mx/blog/2017/6/Que-es-la-inteligencia-artificial.html>

cuando su desempeño mejora con la experiencia; es decir, cuando la habilidad no estaba presente en su genotipo o rasgos de nacimiento ⁽⁴⁾.

En el ejemplo que dimos más arriba, Google Maps aprendió que determinado lugar es la casa del usuario porque allí pasa cierta parte del tiempo o allí permanece su teléfono de noche sin uso, lo que lo hace presumir que el usuario está durmiendo en dicho lugar, entre otras cosas porque el teléfono está quieto y porque puso una alarma para despertarse.

Se ha admitido por parte de Google que este escucha a sus usuarios a través de su dispositivo Google Home o del asistente de “Google para Android”, algo similar sucedería con Alexa de Amazon y el resto de los dispositivos. Es decir que, según lo aquí dicho, los programas aprenden de lo que hacemos con ellos, pero también de lo que decimos en su “presencia”.

Así como podemos encontrar *big data* para analizar en nuestros comportamientos de desplazamiento (ya sea a pie, bicicleta, auto o transporte público), o en nuestros comportamientos de consumo cuando MercadoLibre, Amazon, Spotify o Netflix nos sugieren determinado tipo de producto para consumir, también podemos encontrar infinidad de *big data* para clasificar en el Poder Judicial.

II.4. Data mining. Minería de datos

Analizar esta enorme cantidad de datos se lo denomina *data mining*, o dicho en castellano, “minería de datos”, es un conjunto de técnicas y tecnologías que permiten explorar grandes bases de datos, de manera automática o semiautomática, con el objetivo de encontrar patrones repetitivos que expliquen el comportamiento de estos datos.

Normalmente, un sistema de IA es capaz de analizar datos en grandes cantidades (*big data*), identificar patrones y tendencias y, por lo tanto, formular predicciones de forma automática, con rapidez y precisión.

Para nosotros, lo importante es que la IA —éticamente utilizada— permite que nuestras experiencias cotidianas sean más inteligentes y eficientes.

III. IMPACTO: EN EL TRABAJO; EN EL DERECHO DEL TRABAJO; EN EL DERECHO PROCESAL DEL TRABAJO Y EN EL SERVICIO DE JUSTICIA

Ahora veremos cómo impacta toda esta tecnología en el mundo del trabajo, en el derecho del trabajo y en el derecho procesal del trabajo (justicia del trabajo u otros ámbitos donde se dirimen los conflictos del trabajo).

(4) RUSSELL, Stuart; NORVIG, Peter (2009), “Inteligencia Artificial: Un Enfoque Moderno”, 3ª ed., p. 229.

III.1. Impacto en el mundo del trabajo

En el mundo del Trabajo propiamente dicho, podemos observar cómo los robots hace años vienen reemplazando el trabajo humano. Un ejemplo claro de ello es el de la industria automotriz. En la República Argentina la planta que posee Renault en la localidad de Santa Isabel, Provincia de Córdoba ya en el año 2017 anunciaban que dicha instalación poseería un nivel de automatización superior al 80% ⁽⁵⁾ y en el 2020 afirman que poseen instalados más de 120 robots de última generación ⁽⁶⁾.

La pregunta inevitable es ¿Cuántos puestos de trabajo fueron reemplazados por robots? ¿Cuántos puestos de trabajo se reconvirtieron? Y con ello decimos que antes por ejemplo se necesitaban tres operarios para colocar un parabrisas, hoy esa función la cumple el robot. Pero, probablemente, ese robot necesite alguien que controle su ejecución y alguien que le realice mantenimiento.

Yendo a ejemplos más cotidianos y palpables, la conocida cadena de pizzerías Domino's ha realizado pruebas piloto para entrega de pizzas con drones y autos autónomos (es decir que no necesitan un chofer humano que lo conduzca) ⁽⁷⁾ ⁽⁸⁾.

Otras transformaciones han acontecido en la industria de la música, donde la venta de discos ha desaparecido prácticamente, pues ahora tenemos la posibilidad de escuchar millones de canciones en formato digital y los artistas perciben sus regalías según la cantidad de veces que se reproduzcan sus canciones en las plataformas.

Algo similar sucede con los documentales, series y películas que podemos acceder y consumir a través de las denominadas plataformas de *streaming*. Arrasando con los videoclubes y disquerías que tuvieron su auge en los 90 y subsistieron hasta principios de los 2000.

En ambos casos, se abandonó el soporte magnetofónico para pasar al formato digital y junto a ello se eliminaron todos los puestos de trabajo relacionados con dichas tiendas.

Ya existen en los Estados Unidos las tiendas de venta al por menor (*retail*) automatizadas de la cadena Amazon denominadas Amazon Go donde el usuario a través de una app en su teléfono móvil registra su ingreso, agarra los comestibles que necesita y se retira, sin necesidad de hacer filas ni de

(5) <https://www.lanacion.com.ar/economia/industria/avanza-la-robotizacion-en-las-terminales-de-autos-argentinas-nid2041245>

(6) <https://www.lavoz.com.ar/espacio-publicidad/renault-argentina-producira-pick-alaskan-en-su-fabrica-de-santa-isabel-en-cordoba>

(7) <https://es.digitaltrends.com/autos/dominos-pizza-nuro-r2-reparto/>

(8) <https://www.youtube.com/watch?v=2mshnwQUEEI>

pagar en una caja, se debita automáticamente de su cuenta mediante sensores. Lo consumido le aparece automáticamente en una lista en el teléfono. No hay más cajeros de supermercado.

En el sector bancario, cada vez son más las funciones que se pueden hacer desde el celular, inclusive pagar, esto está llevando a los bancos a reducir drásticamente la cantidad de empleados y sucursales necesarias para operar.

De esto ha tomado nota la Asociación Bancaria (el sindicato que nuclea a los trabajadores de la actividad en la República Argentina), por la reducción en la cantidad de afiliados y reclama representatividad para los trabajadores que se desempeñan en el sector *fintech* (Mercado Pago y otras) ⁽⁹⁾.

En idéntico sentido, el comercio electrónico que ya venía avanzando a paso firme prepandemia y pegó un salto gigantesco durante el ASPO ha llevado a las grandes cadenas de electrodomésticos a cerrar locales comerciales, en dichos locales trabajaban vendedores, personal de limpieza, encargados, supervisores, gerentes, personal de posventa, puestos de trabajo que han sido reemplazados por programadores, chatbots ⁽¹⁰⁾ automatizados y personal de mantenimiento de hardware (servidores). Aquí el otro Sindicato de Trabajadores que ha percibido el cambio tecnológico en el mundo del trabajo, es el Sindicato de Comercio que reclama representatividad sobre los trabajadores de plataformas de comercio electrónico (Mercado Libre, como así también las de entrega a domicilio) ⁽¹¹⁾.

Los sindicatos supra mencionados colisionan con otros sindicatos más representativos de la actividad como la Unión Informática, que se identifica como el sindicato más específico y con mayor legitimidad para representar a los trabajadores de dichas actividades ⁽¹²⁾.

En todo el mundo del transporte, los vehículos autónomos (total o parcialmente) están tomando protagonismo, drones, automóviles, camiones, buques y aviones poseen en la actualidad esta tecnología que prescinde total o parcialmente para su operación de seres humanos.

(9) <https://www.ambito.com/negocios/fintech/gremio-bancario-reclama-afiliar-los-empleados-mercado-libre-n5041550>

(10) Chatbots: los chatbots son aplicaciones informáticas basadas en la inteligencia artificial que permiten simular la conversación con una persona, dándole respuestas automatizadas a sus dudas o preguntas más comunes. Por este motivo, son cada vez más utilizadas por las empresas como una manera alternativa de gestionar la atención al cliente. <https://www.inboundcycle.com/diccionario-marketing-online/chatbot>

(11) https://www.clarin.com/politica/mercado-libre-rechazo-sorpresiva-inspeccion-gremio-armando-cavaliere_0_37ucLbgX.html

(12) <https://unioninformatica.org/>

En las cuestiones bélicas podemos ver como una persona manejando un avión no tripulado desde Nevada, Estados Unidos puede bombardear algún lugar de Medio Oriente sin poner en riesgo su vida ⁽¹³⁾.

Las ventas de tickets aéreos, espectáculos y hoteles que se encuentran automatizados y programados para variar precios y ofrecimientos en función de oferta, demanda y preferencias específicas de los usuarios, reemplazando la atención humana presencial y telefónica.

En nuestras actividades cotidianas, encontramos robots que interactúan en nuestro hogar (domótica) controlando y modificando la temperatura, el consumo de energía y la seguridad de una vivienda, otros que limpian como el robot que recorre los pisos de la casa y recuerda la disposición del espacio físico de la misma, lo mismo para los robots que cortan el césped, reemplazando parcialmente a los trabajadores de casas particulares.

Así como mencionamos que algunos oficios y puestos de trabajo están desapareciendo, otros van surgiendo o captando cada vez más personas en dicho sector: programadores, mantenimiento de hardware, mantenimiento de robots, analistas de *big data* (tendencias), distinto de Expertos en Minería de datos, pues por un lado se encuentra el experto en obtener dichos datos programando procesos específicos y por otro el que los analiza aplicando conceptos de mercadeo, psicología y/o sociología, por ejemplo.

Entre otros puestos de trabajo que surgen a partir de las nuevas tecnologías, señala el Dr. Casiano Highton, a los coordinadores de equipos mixtos, personas especializadas en facilitar la convivencia laboral entre humanos y robots; los Auditores de sesgos negativos de algoritmos, es decir aquellas personas encargadas de cuidar que los programas no incurran en cuestiones discriminatorias, por ejemplo al analizar candidatos para cubrir determinado puesto laboral no excluyan premeditada e injustificadamente a determinados grupos sociales (por ejemplo: extranjeros); técnicos especialistas en Medicina Tecnológica, es decir especializados en asistir en los procesos de robotización o cobotización ⁽¹⁴⁾ de las máquinas que trabajan junto a médicos humanos y operan o realizan diagnósticos médicos ⁽¹⁵⁾.

Siguiendo esta línea, observaremos que el futuro del trabajo del hombre versará sobre cuestiones relacionadas con los sectores de servicios, la creatividad y menos con los industriales y todos aquellos relacionados a la mano de obra intensiva que será reemplazado por máquinas cada vez más “inteligentes”.

(13) <https://www.lavanguardia.com/internacional/20120303/54263805622/pilotos-aviones-no-tripulados-trabajan-las-vegas.html>

(14) <https://www.lanacion.com.ar/economia/que-es-la-co-botizacion-y-cuales-seran-los-trabajos-del-futuro-nid2109456>

(15) 26/06/20 - <https://www.instagram.com/tv/CB6ZXGXHARd/?igshid=v8x16b0szapp>

Las visiones sobre el futuro del trabajo son variadas, pues algunos sostienen que redundará en beneficios positivos para la sociedad, pues existirá más tiempo para las actividades de ocio y esparcimiento.

Mientras que otros sostienen que los nuevos empleos del futuro aún no se han creado, es decir que por un lado hay muchos oficios que van a desaparecer y por otro muchos oficios o profesiones aún no se han creado.

III.2. Impacto en el derecho del trabajo

Hablábamos más arriba de las cuestiones discriminatorias al momento de selección de personal, cuando mencionamos el puesto de “auditor de sesgos algorítmicos”.

Lo descripto no es azaroso, sino que nos referimos a un caso de la realidad que veremos a continuación. El caso del algoritmo de Amazon cobró notoriedad mundial en el año 2015 porque excluía de los candidatos a las mujeres en las búsquedas, lo que llevó a la compañía a descartar esa forma para el reclutamiento de personal ⁽¹⁶⁾.

No sorprendería que la normativa futura (o la jurisprudencia) legisle sobre cómo deben ser programados dichos algoritmos para que no excluyan deliberadamente a determinado tipo de trabajadores en la selección para cubrir un puesto de trabajo. Un claro ejemplo de responsabilidad precontractual en el derecho del trabajo.

La innovación tecnológica posee un innegable impacto en las plataformas digitales de trabajo autónomo/dependiente donde nos encontramos ante nuevas formas de relacionamiento entre el empleado y el empleador. Podemos nombrar aquí a las famosas aplicaciones Uber, Cabify, Globo, Rappi, Pedidos Ya, etc.

Estas nuevas formas de contratación que en la República Argentina no poseen una regulación específica, moderna y adecuada que trae como consecuencia que, al menos durante la ejecución del contrato de trabajo, dichos trabajadores se encuentren desprotegidos. Probablemente después acudan ante la Justicia del Trabajo para reclamar lo que consideren que por derecho les corresponde, pero ello no les habrá brindado un seguro médico o un seguro de riesgos del trabajo mientras prestaban tareas, sino una reparación *ex post*.

El caso del teletrabajo, recientemente regulado mediante una ley nacional 27.555 ⁽¹⁷⁾, donde se regularon cuestiones atinentes a la duración de

(16) https://elpais.com/tecnologia/2018/10/11/actualidad/1539278884_487716.html

(17) <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/233626/20200814>

la jornada, los gastos, la reversibilidad y la privacidad del trabajador (entre otras cuestiones). No resultaría descabellado pensar que la app o programa que utiliza el trabajador para conectarse le permita a su empleador registrar los hábitos de trabajo (horario de conexión y desconexión) e inclusive acceder a través de esta a otros datos personales del trabajador existentes en su computadora personal o teléfono móvil, inclusive a verlo o escucharlo sin su consentimiento (tal como mencionamos al comienzo de este artículo).

Debemos estar preparados para reformular el concepto de jornada, ya que al teletrabajar la persona puede optar por conectarse de madrugada (sino requiere interacción en tiempo real con sus compañeros) en vez del horario tradicional de 9:00 a 18:00 hs.

El concepto de presentismo medido en función del tiempo en que la máquina se encuentra prendida o conectada a determinada red, sumado al reconocimiento facial o de voz a través del dispositivo.

El lugar de trabajo, que sucedería con el teletrabajador que decide irse a vivir al exterior, ¿Tiene obligación de avisarle a su empleador local en Argentina? Por otro lado, el teletrabajo permite a las empresas contratar personas en forma irregular (extranjeros o nacionales sin registrar), pues resulta mucho más difícil para las autoridades inspeccionar los establecimientos donde prestan tareas cuando estas no son en la sede de la empresa.

Los casos de impacto abundan, solo mencionamos algunos de ellos para no extendernos más de lo que este artículo nos permite.

III.3. Algunos aspectos del impacto en el derecho procesal del trabajo y en el servicio de justicia

Así como hablamos de la posibilidad de que las empresas argentinas contraten trabajadores extranjeros, también existe la posibilidad de que trabajadores argentinos residentes en territorio nacional sean contratados por empresas extranjeras —a través del teletrabajo— que no posean sede ni patrimonio en la Argentina. ¿Cómo podría reclamar, y sobre todo cobrar un trabajador ante un caso como el presentado? ¿Se debería legislar la situación para que aquellas empresas que deseen contratar argentinos deban garantizar patrimonio suficiente para responder ante eventuales contingencias como sucede con las regulaciones de la Inspección General de Justicia para sociedades extranjeras?

Con respecto a la cuestión de los procesos estamos contemplando hoy como forzadamente hemos migrado hacia un expediente electrónico, limitado e improvisado, pero electrónico al fin.

La provincia de Buenos Aires se encuentra mucho más avanzada en este sentido en comparación con la Justicia Nacional, pues viene trabajando con esto hace 5 años y entre otras cuestiones hoy emite oficios electrónicos con códigos QR ⁽¹⁸⁾ para que sea fácilmente verificable por la entidad destinataria la veracidad del documento emitido. Estos oficios pueden ser bajados y reenviados por el operador judicial, los auxiliares o los abogados a las entidades por correo electrónico y estas verificarlos y contestar directamente a los tribunales requirentes también mediante correo electrónico. Se elimina la impresión, los traslados, los sellados y se ahorra tiempo en una forma fascinante.

De acuerdo lo que hemos aprendido de la lectura de este artículo existe —dentro del proceso judicial— la posibilidad de programar algoritmos para que reconozcan las peticiones de los justiciables, las verifiquen y realicen automáticamente las operaciones solicitadas por las partes. V.gr. Emisión de cédulas, Emisión de oficios y sus reiteratorios, Traslados de informes periciales, etc. Esto alivianaría al Tribunal de tareas rutinarias y le permitiría avocarse a aquellas que requieren más del talento humano como el dictado de resoluciones interlocutorias y sentencias o participación en la toma de audiencias testimoniales o de conciliación, permitiendo a la larga una mayor y más eficiente resolución de conflictos.

Yendo al caso de la *big data*, hoy día en el Poder Judicial de la Nación existe una enorme cantidad de datos útiles que no se encuentran analizados y mucho menos aprovechados (al menos no públicamente pues prácticamente no hay casi ningún dato publicado y de fácil acceso en la actualidad).

A modo de ejemplo, con una simple estadística de los temas que ingresan a la Justicia Nacional del Trabajo podríamos saber por ejemplo que “el X % de las causas” tratan sobre reclamos sistémicos de Riesgos del Trabajo, lo que sugeriría como una buena política para la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo realizar cursos de capacitación para los empleados y funcionarios sobre dichos aspectos (tanto de fondo como de forma), creando Resoluciones de Cámara para resolver estas cuestiones de manera uniforme y ordenada. Otra aplicación de suma utilidad para el análisis de la *Big Data* es la estadística, mediante ella se podría analizar Juzgado por Juzgado cantidad de expedientes en trámite, cantidad de expedientes existentes por etapa (inicio, etapa de prueba, a sentencia, en ejecución) cantidad de resoluciones, sentencias interlocutorias, sentencias definitivas, conciliaciones y expedientes concluidos mes por mes. De esta forma se podrían detectar deficiencias, resolverlas y optimizar el trabajo, redun-

(18) QR — en inglés Quick Response Code, Código de respuesta rápida: Combinación de barras y cuadros que acompaña a un producto o unidad de consumo para que pueda ser leído y descifrado mediante un lector óptico que transmite los datos a una máquina o una computadora.

dando en un beneficio para todos los agentes del sistema, judiciales, justiciables, auxiliares y abogados. Hoy nada de ello existe, salvo honrosas excepciones donde por iniciativa propia y aislada de algunos magistrados o funcionarios esto sucede, pero dicha información no se encuentra sistematizada o publicada.

Recientemente la CNAT ha emitido la resolución 38 del 12/08/2020 donde resuelve:

1. Elaborar y dar a publicidad a la brevedad una estadística de los expedientes ingresados y resueltos en cada Sala y Juzgado entre el 1° de marzo y el 31 de julio del corriente año, y de los expedientes a sentencia y en estado de alegar a esa última fecha. Asimismo, a partir de agosto se reanudará la elaboración y difusión de estadísticas mensuales, como se venía haciendo hasta la feria extraordinaria.

Resolución que constituye un avance, y por supuesto, celebramos e invitamos a publicar dichos resultados para todo el público general en un sitio web de fácil acceso con la necesaria y consecuente difusión.

IV. CONCLUSIONES FINALES. ALGUNAS PROPUESTAS

Como estamos convencidos de que todo trabajo, toda disertación debe ser constructiva, y en consecuencia dejar un aporte o una propuesta.

El humilde aporte de este autor para nuestra sociedad es el siguiente:

1. Avanzar inmediatamente con los domicilios electrónicos de las personas jurídicas que actúan con regularidad en los ámbitos de la Justicia Nacional, Provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. ¿En qué forma? Mediante la invitación por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y demás Tribunales Superiores de Justicia a la inscripción en un registro inicialmente voluntario de domicilios electrónicos “reales” para la notificación de demandas y otros traslados. Así como se registran para el sistema DEOX podrían registrarse para el domicilio electrónico.

2. Solicitar a la Inspección General de Justicia (y a sus pares provinciales) que reglamente como requisito —inicialmente voluntario y posteriormente obligatorio— la constitución de domicilio electrónico para todas las personas jurídicas constituidas bajo su ámbito para recibir todo tipo de notificaciones (de la IGJ, AFIP, judiciales, etc.).

3. La incorporación del domicilio electrónico para todos los habitantes de la República Argentina (personas humanas y personas jurídicas) tal

como ha sucedido en Estonia ⁽¹⁹⁾ [e-estonia ⁽²⁰⁾], claro está que para avanzar en este sentido es necesario que la prestación de Internet sea declarada un servicio público —con las consecuencias regulatorias de dicha declaración— y que su acceso sea declarado un derecho de primera necesidad con la consecuente y necesaria regulación de la identidad digital y la inviolabilidad y privacidad de dichos datos digitales.

Es momento de actuar y utilizar todas las herramientas tecnológicas existentes en forma ética y eficiente para de una vez por todas, sacar del lamentable estado en que se encuentra a la Justicia Nacional y a la República Argentina en su conjunto. Muchas gracias.

(19) País nórdico que declaró su independencia de la Unión Soviética el 27/11/1990. Es uno de los veintisiete estados soberanos que forman la Unión Europea. Limita al sur con Letonia, al este con Rusia, al norte con el golfo de Finlandia y al oeste con el mar Báltico.

(20) <https://e-estonia.com/> - nombrada “la sociedad digital más avanzada del mundo” por Wired, los estonios son pioneros que han construido un ecosistema eficiente, seguro y transparente que ofrece un gran valor durante la pandemia y más allá, salvando vidas, tiempo y dinero.

REPENSANDO EL DERECHO LABORAL DE LA POSPANDEMIA

Por Cecilia B. Reybet y Lilian Dixon

“Trata de no resistirte a los cambios que vienen en camino en su lugar deja que la vida viva a través de ti no te preocupes de que tu vida se esté poniendo al revés ¿Cómo sabes que el lado al que estas acostumbrado es mejor que el que ha de venir?”

Rumi

I. INTRODUCCIÓN

Repensar el derecho de la pospandemia implica sin lugar a duda mirar el hoy, porque mirando el hoy podemos saber quiénes somos, donde estamos y hacia dónde vamos. A lo largo de estas líneas intentaremos responder a estos interrogantes para poder repensar el derecho que viene.

Preguntarnos quienes somos, implica hacernos cargo de que el mundo del trabajo tiene una identidad propia, en él se conjugan tres actores, los trabajadores, los empleadores y el Estado, en forma individual o colectiva estos son los actores que se entrelazan dando vida a ese tejido dinámico que es el mundo del trabajo.

Si nos remitimos a los chinos, toda crisis encierra una oportunidad ya que crisis se construye con dos ideogramas, uno indica peligro y la otra oportunidad. No es menos cierto que crecimiento viene de crisis, dependerá de la aptitud del sujeto si prevalece el peligro o la oportunidad. Pero lo cierto es que no hay crecimiento posible sin la mentada crisis que nos invita a salir de nuestra zona de confort.

Sin duda nos encontramos atravesando la más fenomenal crisis de la que tenga registro cualquier ser humano sobre la tierra. Ningún ser humano vivo, experimentó jamás nada semejante a lo que desde enero de este año 2020 atraviesa al planeta y desde marzo a nuestro país.

Ahora que sabemos que somos el mundo del trabajo, corresponde preguntarnos: dónde estamos y para responder a ese interrogante, deberemos mirar el presente para saber qué futuro nos espera.

Algunos de los actores de este mundo del trabajo no parecen estar cumpliendo muy bien su rol. Ni el Ministerio de Trabajo, ni los sindicatos, ni la Corte parecen estar a la altura de las circunstancias; y si esto continúa de esta forma, la respuesta a nuestra tercera pregunta será que vamos hacia un futuro repleto de acuerdos nulos y empresas quebradas.

Desenredamos un poco esta maraña. Ante la crisis generada por el virus y el confinamiento obligatorio, los Sindicatos negociaron con los empleadores, el acuerdo marco CGT-UIA res. MTEYSS 397/2020. Dicho acuerdo resulta flagrantemente inconstitucional y tornará nulo tal como lo viene demostrando la jurisprudencia cualquier acuerdo que se sume a él.

¿Por qué? Porque el sindicato carece de mandato para negociar a la baja contratos individuales. Entonces el camino elegido para los acuerdos no es el adecuado.

Esto no quiere decir que estemos en contra de los acuerdos y la negociación colectiva. Estamos a favor de ambas cosas y consideramos que son herramientas indispensables, que deben ser utilizadas en la forma adecuada. Es decir, negociación colectiva con intervención del Ministerio en su rol de moderador de los conflictos. Negociación individual con participación del sindicato y asesoramiento letrado, cuando se trate de contratos individuales de los trabajadores. Homologación del Ministerio o del SECCLO según el caso.

La negociación es una de las herramientas que nos imaginamos como sustanciales en el derecho de la post pandemia. Sería deseable que esa negociación se lleve a cabo en el marco de la libertad sindical en la que creemos firmemente.

El Ministerio debería transformarse en el mayor modulador de la crisis, de que dicho organismo se pare sobre sus propios pies y se encamine a un rol mucho más activo del actual depende que no tengamos más situaciones como la de la aerolínea LATAM, que ha perjudicado a los trabajadores, a la empresa y al país en general, quien pierde otra empresa aeronáutica.

Usemos la institución del procedimiento de crisis como se debe, como una herramienta de negociación para empresas en crisis sin querer inventar la pólvora, ya la inventaron los chinos hace mucho.

La otra institución que nos parece no está a la altura de las circunstancias es la Corte, pues si queremos salir airoso y evitar que los juicios se acumulen en los juzgados es necesario el expediente electrónico ya. La urgente

implementación de audiencias virtuales y la total digitalización de los expedientes en trámite.

La otra cuestión por resolver ya es la cuestión del teletrabajo. Y también aquí tenemos que corregir el rumbo si queremos llegar a buen puerto. Se está debatiendo hoy en el Congreso la ley de teletrabajo y se pretende aprobar un proyecto que intenta regular la actividad a través de un estatuto. Parece olvidar el legislador que el teletrabajo es una forma de trabajo que atraviesa a todas las actividades no una actividad diferente aun dentro del marco de la LCT. Y mucho menos una actividad que solo acepte esa forma, al menos así lo demuestra la experiencia comparada.

Haciendo un poco de historia: Nuestra ley de contrato de trabajo ya tiene casi 50 años pero como nuestra materia es dinámica y la realidad suele ir por delante de la Ley, cuando entró en vigencia seguramente contempló hechos existentes hacia el pasado y solo algunas situaciones imaginables por entonces, si bien Norberto Centeno fue un adelantado realmente imaginar en la década del 70 del siglo pasado que cincuenta años después, estaríamos transitando el mundo de hoy, parece una hazaña más propia de Julio Verne que de un jurista de fuste.

Recordemos que prácticamente el año anterior a la sanción de la LCT se produjo la crisis mundial del petróleo que desencadenó el fin del modelo fordista y su cambio por el modelo toyotista. Es decir, de un modelo de trabajo mecanizado se pasó a un modelo de trabajo flexible y combinado de automatización más ágil y productivo conocido como *just in time* (velocidad constante y sincronizada requerida entre las líneas de producción).

Lo cierto que es que en el futuro que pensábamos por entonces, se legislaría siempre en forma lenta y progresiva. No fue así, ese futuro, nos sorprendió con el ahora. Y una pregunta vino a golpear a nuestra puerta ¿Las instituciones del derecho del trabajo, así como las conocemos y las hemos estudiado, serán las mismas que enseñaremos de ahora en más y en el futuro cercano?

II. DESARROLLO

A partir de la pandemia todos hemos cambiado, empleadores y trabajadores también. Todos aprendimos algo nuevo y sin duda todos usamos tecnología, hasta los que más se resistían. Por eso necesitamos pensar y resolver cómo será el nuevo mundo del trabajo. Ese mundo ya existe. Los términos: COVID-19, barbijos, distancia social, sanitización, *home office*, *take away*, *delivery*, forman parte de nuestro nuevo diccionario cotidiano y llegaron para quedarse, algunos temporaria y otros definitivamente.

Según datos de la OIT, entre abril y mayo de este año 2020 se perdieron 195 millones de puestos de trabajo en el mundo. Aun en julio seguimos perdiendo muchos más. La paralización de la economía mundial y en nuestro país en es un hecho *inédito*. Ello plantea un *dilema*. ¿Cuántos trabajadores y cuántas empresas podrán adaptarse?

Según estudios económicos y sociales sobre el futuro del trabajo, publicados en diario La Nación, 11,5 millones de trabajadores habitan centros urbanos en Argentina. De esa cantidad, antes de la pandemia, al menos la mitad trabajaban a menos de un metro de distancia entre sí, ya sabemos que renovada la actividad y hasta tanto se encuentre una cura; no podrá retornarse a esa forma de trabajo. El otro dato es, que 2,5 millones de trabajadores pueden hacer su trabajo en su casa. En CABA 8/10 tienen las condiciones para hacerlo y en la Pcia de Bs. As. solo 5/10 tienen esas condiciones.

Los sectores más afectados por la pérdida de empleos, dada su baja o nula actividad resultan ser: Hotelería, alimentación, gastronomía e inmobiliario, actividades administrativas, trabajos artísticos, comercio minorista, estaciones de servicio, garaje y personal afectado a atención al público. El 41 % de los empleos en Argentina pertenecen a este grupo. Lo que se ve agravado por el hecho de la baja en la cantidad de personas que se movilizan, lo que a su vez impacta en otras actividades generando un efecto dominó.

La nueva realidad, y el uso de las nuevas tecnologías, nos empujan a la modernización. ¿Cómo están posicionados los actores del derecho del trabajo frente a esa nueva realidad?

Las empresas de tecnología crecen y se transforman en nuevos protagonistas las plataformas de comunicación, como zoom, el comercio en línea y los envíos a domicilio ocupan los lugares que en el pasado eran ocupados por actividades que están entrando en desuso la gran pregunta sería: ¿los empleos que se pierden en unas actividades migran a las que se crean?

En Argentina la pérdida de empleos se evidencia en tareas rutinarias o mecánicas y esos puestos de trabajo tienden a ser reemplazados por la tecnología.

No podemos evitar preguntarnos si las actividades esenciales han aumentado su valor. Entendemos que esas actividades son la tecnología, la salud, la educación, la ciencia, la alimentación y la seguridad.

En el presente y sobre todo en el futuro próximo la descentralización de los empleos y de la educación serán los motores de la movilidad social, el aumento de los cuentapropistas con características propias son un hecho insoslayable.

Surgen nuevas fuentes de trabajo, en viejas áreas: salud, psicología social, logística, seguridad e higiene, automatización de procesos. Apareciendo nuevas modalidades para empleos ya conocidos.

Cómo será el espacio físico de los antiguos trabajos cuando retornemos a nuestras vidas es algo que aún no es posible vislumbrar.

Se encuentran en preparación los protocolos para la vuelta, “Manuales para aprender a volver” (higiene, distancia e interacciones).

Los cambios, no solo son físicos sino también mentales y sin duda nos interpelan a una adaptación. El *home office* depende del entorno particular del empleado (comodidad física, adecuación y conexión). El trabajo remoto o desde el hogar desdibuja los límites entre lo personal y lo laboral.

Asimismo, se han puesto en pausa, actividades que nos generaban bienestar, lo que nos trajo un sentimiento de aislamiento. Ese aislamiento, es físico, es cierto, pero sus consecuencias parecen ser mentales y emocionales, pudiendo incluso enfermarnos psíquicamente. En fin, las consecuencias del virus parecen ser económicas es cierto, pero también psíquicas. Y parece difícil salir indemnes sin recurrir al concepto de resiliencia. Habrá sin duda que reinventarse y buscar respuestas en la neurociencia y psicología. Mirar el problema como una oportunidad para encontrar un nuevo propósito.

El teletrabajo se puede pensar como una oportunidad, una nueva propuesta no tan nueva que viene a traernos calidad de vida, alejando al trabajador de su lugar habitual de trabajo, generando más tiempo libre.

El *home office* con reuniones por teleconferencias, antes de la pandemia tenía riesgos de interrupciones que hoy ya generan una cultura de confianza y pertenencia y mejoran la empatía. Se renueva la idea del profesional, cuya valoración se relaciona más con la creatividad y la autenticidad y no tanto con la estrictez y la lejanía.

Se puede pensar entonces en una verdadera reconversión laboral que implica migración a la virtualidad y descentralización del empleo y la educación, como motores de la movilidad social. El *home office*, implica una forma diferente de trabajar y de comunicarse.

El trabajo en equipo con líderes más empáticos aparece como invitación a la creatividad y la cooperación.

En la Argentina de hoy el 20% del empleo corresponde al Estado y será el Estado quien deberá asegurar una buena conectividad. Nos preguntamos si será eso posible y si ejemplos como el de San Luis donde la conectividad

está garantizada a todos sus habitantes se generalizarán. Creemos que es necesario.

III. DESENLACE

La pandemia puso de manifiesto lo mejor y lo peor de todos y cada uno y también del país, de un país que se nos presenta hoy muy desigual. Hoy que la conectividad ha pasado a ser con la crisis, un derecho fundamental, porque de ella depende el acceso a la educación, a la salud, a un trabajo digno.

Las empresas, deberán reinventarse e invertir en infraestructura, capacitación, ir hacia sistemas en los que se priorice el rendimiento, la creatividad y no el horario. La revolución tecnológica llegó al mismo tiempo que el freno en la economía, tal vez, esa concomitancia, no sea casual sino más bien la puerta a un futuro mejor.

El teletrabajo y las nuevas tecnologías implican la Reingeniería Laboral. La Agenda se actualizó a la fuerza. El pensar el futuro no era parte de ella, pero el cambio llegó sin que lo programáramos. Lo que hagamos ahora va a impactar en el corto plazo y abrirá o cerrará las posibilidades laborales. Y se utilizará una reingeniería de las actividades para retomar las antiguas (sector salud, comercios, hoteles, y restaurantes). Incluso en educación increíblemente se discutía la aplicación de tecnología. Las actividades que no pueden teletrabajar están relativamente aisladas. Será que están condenadas a perecer o será que están emplazadas a modernizarse. En esta línea habrá que pensar una reingeniería en el transporte

Nuevas tendencias de trabajo en el mundo llamadas *gig economy* donde internet juega un rol tan fundamental como la independencia, han sacado de situaciones de crisis a algunos países. El trabajo remoto instaurado masivamente por la pandemia tuvo como efecto que las empresas entendieran que el control en sus diversas formas no asegura productividad, sino que la creatividad y la productividad pueden ser buen negocio para todos.

Trabajos o grupos de trabajo flexibles en estructuras pequeñas y ágiles se están introduciendo con más éxito en las organizaciones. La creatividad y el conocimiento no tienen límites de fronteras ni de contratación. Muchas personas piensan en trabajar para muchas empresas como *freelance* en lugar de hacerlo para una sola. Distribuirse entre varios minimiza el riesgo para el que trabaja.

Muchos profesionales empiezan a creer que pueden trabajar en lo que les gusta, en forma autónoma y balancear mejor y libremente tiempo de trabajo y familia. Esta modalidad está ganando muchos adeptos. ¡En 2016 se lanzó un *marketplace* de talento femenino en la nube SheWorks! que conecta oportunidades de trabajo para distintas compañías. En el mundo las

generaciones más jóvenes valoran esta modalidad de trabajo, habilidades y conocimiento.

Los trabajadores *freelance* tienen otra lógica de trabajo llamada SoftSkills, que son las capacidades de adaptación y resiliencia muy necesarias para estos tiempos. Entrenados en gestión de tiempo y comunicación, lideran proyectos en la nube. Los sectores que usaban estos profesionales estaban más inclinados a la creatividad como publicistas, diseñadores o empresas tecnológicas. Actualmente atravesamos el crecimiento en los sectores legales, de finanzas e ingeniería.

Es tiempo de repensar la inserción de esos trabajadores autónomos dentro del mundo de nuestra materia, como ya lo han hecho otros países, son trabajadores sin duda con derecho a beneficios como obra social y licencias, entre otros. Y se hace imperioso regular ese sector de acuerdo con los estándares de trabajo digno definidos por la OIT.

Hace años que sostenemos la necesidad de una ley de trabajo autónomo y, cuanto más pasa el tiempo, más clara es la sensación de haber caído en la procrastinación. Es tiempo de actuar y ya no postergar más dicha tarea.

En este sentido contamos con la ley 25.800 de trabajo a domicilio del 2003, que es una adhesión al convenio 177 de la OIT, basados en la igualdad, en la libertad de opción para los que prestan tareas en ese marco, en ella se insinúan el derecho a la desconexión y la compensación de gastos. Es tiempo de aggiornarla.

Volvamos entonces a plantearnos, como consecuencia de los cambios: La organización de la jornada, el lugar de prestación de esta y sus necesidades, generación de fuentes de trabajo y generación de regulaciones más ágiles, desde nuestra perspectiva esto debería ser a través de la negociación colectiva.

Para el futuro o para el presente la necesidad de apalancar el progreso de la mano de la conexión será lo que Arquímedes pensó hace más de 2000 años.

IV. CONCLUSIONES

Vamos llegando al final de este viaje y queda por contestar nuestra tercera pregunta, ¿hacia dónde vamos? vamos a un mundo que ya cambió. Deseamos profundamente que ese mundo sea más justo y más humano.

Concluyendo las cosas que creemos no podrán faltar en el nuevo mundo del trabajo son las siguientes:

1. La negociación colectiva en todas sus formas en el marco de la libertad sindical.
2. Un Ministerio de Trabajo presente que funcione como puente entre trabajadores y empleadores.
3. Sindicatos más creativos.
4. La reglamentación del teletrabajo en el marco de la LCT reconociendo el derecho a la desconexión, al suministro de los materiales y un equilibrio entre el trabajo presencial y el remoto.
5. Una ley de trabajo autónomo que proteja los derechos de los trabajadores denominados *freelance* y de los micro emprendedores, que regule las nuevas formas del trabajo.
6. El expediente digital.
7. El reconocimiento de la conectividad como derecho humano libre para toda la población.
8. Jornadas de trabajo más flexibles que tiendan a una mejor calidad de vida.
9. Un cambio en la legislación de enfermedades que amplíe su mirada a las patologías relacionadas con el estrés y la depresión.
10. Una educación con más tecnología y más humanidad con igualdad de oportunidades.

Haciendo un poco de historia hemos recorrido los modelos Fordista y Toyotista, llegamos hoy a un nuevo modelo cuyo nombre nos es aún desconocido, pero que ya está aquí desafiando nuestra creatividad.

La pandemia ha acelerado los procesos a nivel mundial y por supuesto en nuestra amada Argentina. Todo se precipitó. El futuro es hoy, seamos capaces de estar a la altura de las circunstancias, siendo mejores personas, depende exclusivamente de nosotros.

A modo de cierre recordamos aquel viaje del principio:

Quienes somos: El mundo del trabajo.

Dónde estamos: Atravesando la crisis.

Hacia dónde vamos: Al futuro del derecho trabajo ese futuro que se ha hecho presente.

Porque al decir de Henry Ford, tantos si crees que puedes como si crees que no puedes en ambos casos estarás en lo cierto y en nuestro caso creemos que podemos. Bienvenidos un mundo más justo.

LA CRISIS COMO OPORTUNIDAD: ALCANCES DE LA “NUEVA REALIDAD”

Por María Virginia Chedrese

“No pretendamos que las cosas cambien, si siempre hacemos lo mismo. La crisis es la mejor bendición que puede sucederle a personas y países, porque la crisis trae progresos. Sin crisis no hay desafíos, sin desafíos la vida es una rutina, una lenta agonía”.

Albert Einstein.

I. INTRODUCCIÓN

Todo comenzó aparentemente y según trascendidos en el mes de noviembre de 2019, en la ciudad de Wuhan en China, en donde se detectó a una persona infectada con un virus hasta ahora desconocido, el COVID-19. La expansión fue geométrica y para fines de 2019 ya los infectados superaban la cincuentena de casos y, para el mes de enero de 2020 el gobierno de aquel país dispuso el cierre de la ciudad de Wuhan y las áreas circundantes para intentar frenar la expansión del virus.

Desde enero de 2020 la cantidad de infectados siguió en escalada y creció en forma continua tanto en el sudeste asiático, Europa y Estados Unidos de Norte América.

A nuestra Argentina llegó durante el primer trimestre de 2020, generado —según expertos— por haber mantenido contacto con infectados residentes en los países ya afectados por el virus, registrándose el primer caso el 03/03/2020 en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

El 11/03/2020 la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró al brote como pandemia dada la cantidad de personas afectadas, por la cantidad de muertes derivadas de la afección y porque este impactaba en 110 países.

II. NORMATIVA DE REFERENCIA Y SU APLICACIÓN

Ante todo, no podemos dejar de recordar que desde el mes de diciembre de 2019 se han dictado en nuestro país normas relacionadas con la emer-

gencia sanitaria y la reactivación productiva que, si bien no fueron primigeniamente orientadas al COVID-19, fueron indirectamente su antesala.

En este sentido, a ley 27.541 publicada en el Boletín Oficial 23/12/2019 Ley de Solidaridad Social y Reactivación Productiva en su art. 1° declaró, entre otras, la emergencia sanitaria, hasta el 31/12/2020. Seguidamente y con fecha 12/03/2020 se dicta el decreto de necesidad y urgencia —DNU 260— dispuso extender la emergencia pública en materia sanitaria declarada por la ley 27.541, por el plazo de un año contado desde la vigencia de esta, emergencia que terminaría el 12/03/2021. Seguidamente y en consonancia, dada la habilitación dispuesta por el art. 12 del DNU 260/2020, el MTEySSN dicta la res. 202/20203 reglamentaria del citado DNU en lo que hace al ámbito de las relaciones laborales, para los trabajadores en relación de dependencia y con fecha 17 de marzo de 2020 a partir del dictado de la res. 207/2020 del MTEySSN, amplía los alcances de la anterior. El Superintendente de Riesgos del Trabajo dicta la res. 21/2020, que establece la obligación y los requisitos de la denuncia que debe efectuar al empleador a la ART de los trabajadores que van a cumplir tareas en sus domicilios.

Ahora bien, luego de la declaración mundial de Pandemia por parte de la Organización Mundial de la Salud, en nuestro país brotaron múltiples normas en concordancia a la realidad diferente que estábamos comenzando a transitar.

Es así como el 20/03/2020 se dicta en DNU 297/2020 que estableció el “aislamiento social preventivo y obligatorio” de todas las personas que habitan en la República argentina o que se encuentren en forma temporaria (at. 1°). Posteriormente el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación dicta la res. Nro. 219/2029 regulando algunas cuestiones de cargas sociales, personal esencial, jornada y contratación de trabajadores. Por su parte, la res. 48/2020 del Ministerio del Interior unificando el certificado de circulación en el “Certificado Único Habilitante para Circulación Emergencia COVID-19”. Por otro lado, el dec. 319/2020 instauro el Ingreso Familiar de Emergencia para los desocupados, trabajadores no registrados, monotributistas categorías “A” y “B” y empleados de casas particulares.

Ahora bien, el DNU 329/2020, vigente desde el 31/3/2020 prohíbe los despidos sin justa causa y las suspensiones y despidos por fuerza mayor o falta o disminución de trabajo no imputable al empleador por el plazo de 60 días contados desde la publicación de la norma —normativa prorrogada en dos oportunidades y ambas por sesenta días siendo que la primer prorroga rige hasta el 31/07/2020 y la segunda hasta fines de setiembre del mismo año conforme DNU 487/2020—. Por otro lado, el DNU 322/20207 que crea el Programa de Asistencia de Emergencia al Trabajo y la Producción y la deci-

sión administrativa del Jefe de Gabinete de Ministros 450/2020 que amplía el listado de actividades esenciales.

A la fecha de la presentación del presente artículo, el “aislamiento preventivo social y obligatorio” fue prorrogado por los DNU 325/20, 355/20, 408/20, 459/2020, 493/2020, 520/2020, 576/2020 y 605/2020 (este último del 18/7/2020 con vigencia al 02/08/2020).

Ahora bien, el DNU 297/2020 y las dec. administrativas 429/2020 y 450/2020 elaboraron un listado de servicios y actividades de carácter esencial y que como tales llevan a encontrarnos con un universo de trabajadores que en medio del Aislamiento Social Preventivo Obligatorio se trasladan, prestan servicio, cumplen horario y se exponen —al no poder dar cumplimiento con la medida preventiva del aislamiento— a contraer, eventualmente, COVID-19. Surgía entonces un nuevo interrogante. Si el COVID-19 es o no es una enfermedad profesional.

A modo síntesis y solo con la intención de recordar las condiciones generales del contrato de trabajo, ante la celebración del contrato de trabajo entre dos personas —entre dos personas humanas o una persona humana y otra jurídica— nace una relación jurídica bilateral con claras consecuencias en cuanto derechos y obligaciones para ambas partes. Así pues, las de prestar servicio, asistencia, puntualidad, cumplimiento de instrucciones dadas por quien emplea, abono de la remuneración en forma íntegra en tiempo y forma, de acuerdo con la categoría laboral y tareas efectivamente prestadas por el trabajador. En cuanto al empleador, entre las principales obligaciones impuestas se encuentra la de observar las disposiciones legales y reglamentarias pertinentes sobre higiene y seguridad en el trabajo, tales como condiciones de protección esenciales en procura de su integridad física y psicológica, para el desempeño de sus laborales. Por lo tanto, a partir del deber de seguridad y en los términos de la ley 24.557, se deriva la obligación del empleador de contratar un seguro de riesgos con el fin de cubrir determinadas contingencias: accidente *in itinere*, accidente de trabajo y enfermedad profesional.

En cuanto a las enfermedades profesionales, se consideran tales incluidas por el listado elaborado por el Poder Ejecutivo Nacional conforme se vislumbra de la lectura de los dec. 658/1996, 659/1996 y 49/2014, por lo tanto, las enfermedades que no estén incluidas en el listado no serán consideradas resarcibles, salvo que la Comisión Médica Central determine —dictamen fundado mediante— que esa patología no listada para ese caso en particular que se esté tratando, fuera provocado por una causa directa e inmediata de la actividad laboral y de la ejecución del trabajo (si tener en cuenta los factores atribuibles al trabajador o bien los ajenos al trabajo).

Volviendo al interrogante, el COVID-19 no se encontraba en el listado de enfermedades profesionales elaborado por el Poder Ejecutivo, por una simple razón inicial y sin proclamar más que la realidad, el COVID-19 hasta enero de 2020 no se conocía y recién se comenzó a vislumbrar algún que otro dato a partir del mes de marzo de 2020 con el paciente “cero”, tal como fue referido en la introducción del presente trabajo.

Había un hecho puntual novedoso, la posibilidad que los trabajadores esenciales que contrajeran la enfermedad en el trayecto a su trabajo, o prestando tareas, carecían de cobertura y solo podían acceder a las prestaciones médico-dinerarias de rigor una vez atravesado el procedimiento dispuesto por el dec. 1278/00 y frente a la Comisión Médica Central.

Mientras tanto, la Organización Internacional del Trabajo, el 23/03/2020, emitió un documento titulado “Las normas de la OIT y el COVID-19 (coronavirus)” nos mostraba la realidad que refleja la pandemia y la consecuente preocupación mundial devenida de esta.

En este sentido, la Organización Internacional del Trabajo procedió a instar a los gobiernos a implementar medidas dirigidas para paliar los efectos de la pandemia en el mundo del trabajo y el consecuente perjuicio al nutrido universo laboral. Entonces, define la necesidad de conservar los puestos de labor en todos los ámbitos y en tal sentido recuerda la importancia de tener presente la Recomendación 166, que subraya “que todas las partes interesadas deberían tratar de evitar o limitar en todo lo posible la terminación de la relación de trabajo por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos, sin perjuicio para el funcionamiento eficaz de la empresa, establecimiento o servicio, y esforzarse por atenuar las consecuencias adversas de toda terminación de la relación de trabajo por estos motivos, para el trabajador o trabajadores interesados”.

Días después, la Organización Mundial de la Salud, a partir de un comunicado publicado el 27/03/2020, dispone recomendaciones del Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, y establece: “Los trabajadores que hayan contraído la enfermedad del COVID-19 deberían tener derecho a licencia remunerada por enfermedad o a prestaciones monetarias por enfermedad mientras estén incapacitados para trabajar, con objeto de compensar la suspensión de ganancias que les ocasione su situación de enfermedad”.

Es entonces cuando la Superintendencia de Riesgos del Trabajo no hace oídos sordos, actúa en consecuencia y dicta sendos protocolos de cuidado y prevención a partir de promulgar normativas tales como la res. 5/2020 que determina en su anexo 1 las recomendaciones especiales para trabajadores esenciales, el anexo 2 recomendaciones para desplazamientos desde y hacia el trabajo, el anexo 3 establece los elementos de cuidado personal y

el anexo 4 la colocación y uso del protector respiratorio. La res. 22 de fecha 17/03/2020, que dispuso la creación del Comité de Crisis de la SRT y que dentro de su marco se entendió necesario informar a los actores involucrados en el sistema de riesgos del trabajo, las medidas de prevención conducentes para contribuir a los fines establecidos por el Poder Ejecutivo Nacional y con relación al COVID-19 y siempre en concordancia con los objetivos establecidos en la ley 24.557. Asimismo, se dictó la res. SRT 29 de fecha 21/03/2020, mediante la cual se impuso la obligación a los empleadores de exhibir en sus establecimientos el modelo digital de afiche informativo sobre medidas de prevención específicas acerca del virus.

En su momento el DNU 367/2020 de fecha 13/04/2020 dispuso que la enfermedad COVID-19 se considerará presuntivamente una enfermedad de carácter profesional —no listada— en los términos del ap. 2º, inc. b del art. 6º de la ley 24.557, respecto de las y los trabajadores dependientes excluidos mediante dispensa legal, y con el fin de realizar actividades declaradas esenciales, del cumplimiento del aislamiento social, preventivo y obligatorio ordenado por el DNU 297/20, que guarde relación de causalidad directa e inmediata con la labor efectuada, salvo que se demuestre, en el caso concreto, la inexistencia de este último supuesto fáctico. Por cuanto, a partir de ello, la SRT dicta la norma que aprueba el procedimiento especial de actuación para la declaración del COVID-19 como enfermedad profesional no listada en los términos del DNU 367/2020 el 28/04/2020, res. 38/2020.

Por último y no menos importante, y también en sentido protectorio, el art. 1733 del Código Civil y Comercial de la Nación en su inc. b) establece expresamente la posibilidad que la “fuerza mayor” no exima de consecuencias o pueda ser neutralizada en sus efectos cuando una disposición legal así lo prevea. Siguiendo en idéntico sentido, el propio Código Civil y Comercial de la Nación también define en sus arts. 1710 al 1715 la obligatoriedad de la prevención del daño o bien la obligación de evitar un daño mayor si este ya existiera como también la acción preventiva a su respecto y el consecuente deber de reparar el daño causado ante el incumplimiento de la obligación, en el art. 1716.

III. LA CRISIS COMO OPORTUNIDAD. DECONSTRUIR PARA TRANSITAR HACIA UN NUEVO PARADIGMA

Luego del espectro detallado en cuanto a la normativa vigente, aplicable al momento único desde el punto de vista histórico que nos toca atravesar como sociedad como también habiendo definido la nuevas normas dictadas a partir de la declaración de Pandemia tanto por la Organización Mundial de la Salud que fue puntapié inicial para el accionar del Estado Argentino, debo resaltar los puntos más sobresalientes del relato y que son, a mi hu-

milde modo de ver: el Aislamiento Social Preventivo Obligatorio, la prohibición de despedir y suspender en orden a la fuerza mayor, la ayuda estatal a las empresas por la falta de producción y caída de ventas y la regulación de COVID-19 como enfermedad profesional. Ello es así porque la situación de crisis actual fue la que motivó el dictado de las medidas de emergencia ya citadas.

Ahora bien, también en dable atender que nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación definió en el ya conocido fallo “Aquino” al trabajador como sujeto de preferente tutela y, en el añejo fallo “Santa Coloma” determinó el principio de *alterum non laedere* (imposibilidad de dañar a otro). Ello trae aparejado que, conjugando las pautas devenidas de la interpretación del Supremo con los lineamientos de carácter constitucional garantizado en el art. 14 bis —como norma inalterable—, nos encontramos con mayor énfasis que el resguardo del derecho a trabajar en todas sus diversas formas se amplía al universo de trabajadores en su conjunto.

¿Por qué resulta llamativa esta afirmación en estos momentos de crisis tan particular y sin antecedentes en nuestro amado país? Simplemente porque podemos vislumbrar con mayor claridad que la ya mencionada premisa del derecho a trabajar que vela el trabajo en todas sus formas no hace distinción alguna entre trabajadores y empresarios que, en nuestra Argentina, no son más que trabajadores emprendedores dueños de pequeñas y medianas empresas en su gran mayoría.

Dicho esto, soy consciente que esta aseveración podría resultar mezquina si llegáremos a considerar que el único derecho al resguardo completo es el derecho del hiposuficiente que pone su fuerza de trabajo a disposición del patrón a cambio de un salario para su manutención y el de su familia en una relación naturalmente oblicua. Eso sería cierto, si no estuviéramos frente a una situación de pérdidas incalculables tanto de producción como las provocadas por el cierre de fábricas, situación agravada por la parálisis productiva generada por la pandemia.

Sería entonces una mirada que solitaria si nos posicionáramos desde el lugar de la protección unidireccional, y no del espacio necesario de la devenida de la garantía de la protección total del empleo en dónde se encuentra garantizada la conservación de los puestos de trabajo para todos sus actores intervinientes —trabajadores, empresas y empresarios—, en aras de preservar la paz social.

Dicho esto, y solo con el fin de comenzar una discusión constructiva a partir del verdadero diálogo social en dónde la colaboración, la solidaridad y la buena fe —de acuerdo con la amplia interpretación de los arts. 62 y 63 de la LCT— sean el pilar necesario para el nacimiento de un ordenamiento más progresivo, propongo deconstruir los parámetros del derecho del tra-

bajo ya conocidos y dar espacios a nuevas formas de intercambio colaborativo en dónde la fórmula ganar-ganar también sea parte de esta propuesta novedosa.

Me refiero en estos términos porque considero que jamás debemos olvidar que nuestra actividad en sí misma y a lo largo de nuestras vidas, sea dónde nos encontremos, no es más que un eterno intercambio en dónde cada quien cumple un rol determinado y que interactúa al infinito con el resto de los actores.

Alcanzar mentada realidad nos llevaría a generar ni más ni menos que una sociedad más justa en dónde cupiéramos tod@s relacionándonos en un continuo desarrollo libre y evolutivo.

Es por ello que proclamo usar esta crisis para crecer como humanidad, porque no podemos perder de vista que también, aun en estos tiempos, somos seres humanos que trabajan.

LOS DESAFÍOS DEL TRABAJO 2020

Por Javier Andrés Prieto Fasano

I. INTRODUCCIÓN

Las epidemias han sido históricamente un terrible azote para la población y sus secuelas fueron y son siempre espantosas. Sin embargo, produjeron cambios que transformaron el mundo, en la Edad Media, por ejemplo, la peste negra que asoló a toda la población europea dio el puntapié inicial para dar inicio al Renacimiento.

Debemos ver a esta crisis sanitaria, social y económica que está viviendo el mundo como una oportunidad. Como dijo Charles Darwin en 1864: “Las especies que sobreviven no son las más fuertes, las más rápidas ni las más inteligentes, sino aquellas que se adaptan mejor”.

Ahora bien, en el mundo de las relaciones laborales, la pandemia con su consecuente cuarentena ha llevado a los países a legislar con la finalidad de evitar contagios masivos, máxime la triste situación que está viviendo Italia, España y EEUU. El 20 de marzo, en Argentina se decretó mediante un decreto de necesidad y urgencia —el DNU 297—, estableciéndose el aislamiento social preventivo y obligatorio por el cual, con la excepción de unos pocos trabajos esenciales exceptuado del confinamiento, la gran mayoría migró a la modalidad de trabajo remoto, más conocido como *home office*.

Desde la declaración de la pandemia, se estimó que más de 300 millones de trabajadores del mundo entero trabajarían desde su hogar. Si bien vale aclarar que algunas compañías ya venían tomando políticas de trabajo remoto, para muchas esto representó un verdadero desafío. El COVID-19 aceleró los tiempos de forma inusitada, haciendo que empresas como trabajadores se volcaran al entorno digital casi de un día para el otro. Ante el contexto y esta nueva modalidad de trabajo, surgen nuevos interrogantes y desafíos por resolver.

Nuestra querida y vieja compañera de crisis es la Ley de Contrato de Trabajo de 1974 que regula las relaciones laborales del ámbito privado. Ahora bien, teniendo en cuenta que una de las principales características del derecho laboral es que vive constantes cambios y no es estático, debemos

preguntarnos si no es hora ya de una actualización laboral donde se regulen los derechos y obligaciones de las partes en estas nuevas formas de trabajar que no están contempladas en nuestro ordenamiento jurídico.

Asimismo, la ley debería aggiornarse y regular los vínculos laborales que surgen de las nuevas plataformas digitales que en estos momentos son esenciales como Rappi, Glovo, Uber, entre otras, donde ante un accidente laboral no tienen cobertura de ART ni tampoco obra social como los respectivos aportes a la seguridad social.

En este contexto de urgencia que obliga al teletrabajo, surgen otros interrogantes como por ejemplo los empleados que están haciendo *home office*: ¿tiene derecho a la desconexión? ¿o cobertura de ART por enfermedades profesionales que surjan del uso constante de las pantallas como puede ser una irritación de ojos, túnel carpiano o *burnout* digital también conocido como síndrome de desgaste profesional?

Dada esta situación inminente, debemos propiciar tal como lo subraya la Organización Internacional del Trabajo, el diálogo social entre las organizaciones sindicales, la patronal y el Estado para debatir y discutir colectivamente y con urgencia una actualización de la legislación laboral para fomentar la protección del trabajo en las nuevas modalidades digitales, como también dar seguridad jurídica a toda la población.

II. VISIÓN DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO.

Cuando el Director General de la OIT Guy Ryder en la 102ª Conferencia Internacional del Trabajo del año 2003, desafió al mundo llamándonos a todos a reafirmar el compromiso de la comunidad internacional con los valores de la OIT, introdujo también en la discusión la necesidad de definir un nuevo modelo de relaciones laborales a partir de lo internacional.

En efecto, el sistema protectorio laboral fundado en la Declaración de Filadelfia comenzó a tener su retroceso, en la década del 70, con el fin de la reconstrucción europea y la crisis del petróleo. El proceso culminó con una primera nueva experiencia de organización del mundo del trabajo, posterior al Estado de Bienestar, denominado: “trabajo decente”.

Hoy en día esta tendencia evolutiva recibe un nuevo impulso con el avance de las tecnologías y las comunicaciones que aceleraron los cambios, implicando transformaciones políticas, sociales y culturales y adaptando las relaciones laborales a los nuevos desafíos de la modernidad. Esto indefectiblemente requerirá un cambio en 4 las instituciones de derecho del trabajo tanto por necesidad política como jurídica ya que están en juego las aspiraciones del modelo de valores que pretende la OIT.

Esto afecta tanto a empleadores como a trabajadores en sus relaciones intersubjetivas y al Estado, quien debería propender a generar políticas que garanticen que en estos cambios se preserve un orden social justo que, tal como sostiene el Director General en su Memoria del año 2013, sea descriptivo de los cambios que está sufriendo el mundo y que afectan al sistema de relaciones laborales y abarcativo de los tres sujetos de las relaciones laborales que conforman el tripartismo: Trabajadores, Empleadores y Estado, El Director General, en su primera memoria, nos habla de las fuerzas que transforman al mundo del trabajo; de la transición hacia una sostenibilidad ambiental; de un progreso tecnológico en marcha; de nuevos perfiles de pobreza y prosperidad del aumento de la desigualdad y de nuevas relaciones entre la producción y el empleo.

Lo que podemos vislumbrar de esta “nueva cultura del trabajo” y de este mundo integrado es que no se ha encontrado un conjunto de medidas — políticas, económicas, normativas y sociales— que nos oriente a un debido tratamiento de la cuestión social para lograr un mundo más equitativo. El desempleo y las desigualdades son contempladas en los informes de la OIT, pero, hasta ahora, no ha habido un reconocimiento explícito del derecho a propender a la igualdad social, esto que en la Declaración de Filadelfia aparecía como un objetivo del trabajador y de la comunidad, frente a lo que se ha denominado la “Globalización Económica.” No se ha podido universalizar la Justicia Social.

En efecto, se ha puesto el acento, en describir situaciones y condicionantes de la conducta del empleador, trabajador y gobiernos y poco en la persona, quien, en última instancia, debería ser el centro de nuestra preocupación.

Tal vez, la centralidad de las personas que aparece como reflexión en el informe de la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo trata de posicionar, otra vez, al derecho del trabajo con algún objetivo de la Justicia Social.

Las iniciativas del Centenario del Director General, que antecedieron a la Declaración, sistematizaron las temáticas de tratamiento de todos estos asuntos que el Director General enunció en su asunción al cargo en el año 2012, que se sintetiza en una especificidad que se acuñó como “trabajo decente”: “Un inventario de los desequilibrios que sufre el mundo para la construcción de un orden social más justo”. Así, nos habla de la iniciativa de poner fin a la pobreza; de la iniciativa relativa a las mujeres en el trabajo; la iniciativa verde; y la iniciativa relativa a las normas; todas ellas vinculadas a generar cursos de acción que canalicen los desequilibrios para restablecer ese orden social justo, exigible ante las nuevas realidades. Merece particular atención la iniciativa referida al Futuro del Trabajo, en tanto resulta la

más trascendente por dos motivos: el primero, porque es el antecedente inmediato de la Declaración de la OIT del Centenario y, el segundo, porque los cambios que se avecinan a nivel tecnológico y sus consecuencias van más allá de lo que un país puede administrar, en función de políticas nacionales, que propicien un contrato social más equitativo ya que también aparecen nuevos tipos de relaciones laborales, con resultados inmediatos en el concepto que hasta ahora teníamos de relación de dependencia. En efecto, así lo sostiene Herbert Marcus cuando dice que la evolución tecnológica nos va a llevar a un cambio civilizatorio más allá de lo cultural, que pueden hacerlo las propias personas y sociedades y que nace de las experiencias y vivencias propias, de la comunidad. En cambio, cuando hablamos de civilización, nos referimos a “comportamientos socialmente necesarios” donde el hombre no se haya en sí mismo ni en su propio elemento, sino que está sometido a condiciones y necesidades extrañas, porque la tecnología “invade” todas nuestras vidas y produce nuevas estratificaciones sociales. Se imponen modos de vida, rutinas, muchas veces ajenas a nosotros, pero absolutamente necesarios, cuando está en juego hasta la propia existencia del trabajo. Se trata de nuevas formas de interrelación humana, amplificadas por el avance de la tecnología, a partir de un patrón de adaptación que no es el territorio ni la lengua compartida, sino un nuevo modelo visionario de sociedad, que encuentra en la comunicación no presencial una potenciación de unión entre ciudadanos. Esto complejiza cualquier visión sobre el colectivo y afecta necesariamente cualquier iniciativa orientada a establecer condiciones generales de trabajo.

Las nuevas formas de definir y generar conocimientos afectan también a la educación y estratifica las condiciones de trabajo como veremos posteriormente. Hay una primacía del conocimiento científico; el poder de la universalización de la técnica y su extensión a todos los ámbitos de la actividad humana. Se trata del racionalismo tecnológico, por el cual se nos impone un cambio civilizatorio, que no es posible de tamizar culturalmente y que causa dificultades para el desarrollo de un modelo social que responda a los valores de la OIT. El Futuro del empleo va a estar hecho en trabajos que no existen; en industrias, que usan tecnología nueva y en condiciones planetarias que ningún ser humano jamás ha experimentado. Se trata de un cambio de perspectiva de la relación con el otro, tanto en lo económico y social como en lo cultural, que produce una transformación en las relaciones intersubjetivas con particular impacto en el derecho del trabajo. Si fuese un cambio cultural el avance podría analizarse solo desde esta perspectiva y como la sociedad lo asimila. Pero la cuestión es mucho más profunda: se trata de una transición a un nuevo sistema de convivencia que abarca tanto lo político, social, cultural y económico.

Estas dificultades que tenemos para asimilar e incorporar en instituciones jurídicas que respondan a los principios finalistas del derecho del traba-

jo, nos marcan el cambio civilizatorio previamente mencionado y donde no hemos desarrollado todavía las instituciones que aseguren la preservación de los valores universales de un orden social justo con políticas para el trabajo e, incluso, con la necesidad de incorporar nuevos valores vinculados al conocimiento.

¿Qué otra cosa podemos decir de la relación de hoy en día entre el hombre y la máquina, entre la evolución tecnológica y la persona, o dicho más precisamente entre la economía de las plataformas y el trabajo? Como hemos mencionado anteriormente, hay situaciones impuestas que no se pueden soslayar, imposiciones técnicas que, en un marco de competitividad, van condicionando la vida laboral y deshumanizando las relaciones del trabajo no tanto entre las personas —empleador o trabajador— sino de estas con las máquinas, razón por la cual se torna tan difícil construir un orden social justo. Hoy todos nos debatimos en una supervivencia diaria, —tanto del capital como del trabajo— a expensas de esta modernidad.

III. CONCLUSIÓN

El mundo avanza en sistemas de producción y trabajos fraccionados que permiten la elaboración de un producto en tiempo real entre personas trabajando a grandes distancias, con culturas y condiciones de trabajo distintas. En otras palabras, hoy existe la posibilidad de contratación de servicios. Esto perjudica los caminos que podrían tomarse para sentar las bases que nos permitan conjugar todos estos avances con un “orden social justo”. En efecto, los cambios tecnológicos —que incluyen innovación en la tecnología de la información; la robótica y, más recientemente, el aprendizaje automático o las nuevas formas de organización del trabajo— están produciendo una reestructuración significativa de la producción y afectan el volumen, las condiciones y la naturaleza misma del trabajo. La mano de obra más calificada es la que más se beneficia de la innovación tecnológica, mientras las tareas vegetativas de algunos empleos de cualificación media están experimentando una creciente automatización, lo cual, implica una polarización de la fuerza de trabajo y una exacerbación de la desigualdad laboral global. Por otra parte, los mercados de trabajo no están logrando adaptarse al rápido crecimiento de la población en muchas partes del mundo y ello provocará que ingresen a la fuerza de trabajo mundial más de 40.000.000 de trabajadores sin tener un empleo definido.

En estas condiciones, las regulaciones laborales que se proyecten no deberían perder el espíritu finalista de propiciar un orden social más justo para el desarrollo de una sociedad que asegure una distribución más equitativa de la renta mediante la institucionalización de las reglas del trabajo a través del derecho. Por ello, aun en estas condiciones, es muy importante

arbitrar las regulaciones necesarias que habiliten normas que traduzcan los valores de la OIT y que, fundamentalmente a través del Diálogo Social, preserven la convivencia entre el capital y el trabajo; permitan construir un contrato social sustentado en la centralidad del trabajo; preservar la dignidad del trabajador y garantizar la participación de los empleadores y trabajadores en la elaboración de las políticas socioeconómicas.

Esta cuestión es abordada en el debate suscitado en la OIT sobre el futuro del trabajo.

La nueva realidad nos impone un trabajo arduo para consensuar, en el marco de un escenario de amplio dialogo social, nuevas herramientas en el camino que nos lleve a un futuro próspero que haga realidad las aspiraciones de todo el conjunto de la sociedad.

