

Listar o no listar, esa es la cuestión.

(Apresuradas reflexiones a partir de un Decreto de Necesidad y Urgencia).

Por Guido A. Seren Novoa¹

I. Introducción.

Estas últimas semanas hemos sido testigos de una paradoja: el vértigo de la parálisis. Hace poco más de un mes, el Poder Ejecutivo dictaba el Decreto N° 260/20 (B.O. 12/03/20) donde disponía prorrogar la emergencia sanitaria dispuesta por la ley 27.541 (B.O. 23/12/2019) y establecer un primer aislamiento (restringido), por plazo de 14 días.

La controversial ley que delegaba en el ejecutivo facultades desniveladoras de un sistema republicano sano, se justificaba a sí misma en un contexto de crisis económica y social incuestionable.

Esa centralización dispuesta por el gobierno entrante, apalancó rápidas respuestas en forma de Decretos de Necesidad y Urgencia motivados por la pandemia de *coronavirus disease 2019* (COVID-19), causada por el virus SARS-CoV-2.

En ese marco, desde esos primeros puntapiés al día de hoy, hemos asistido a un pentagruélico derrotero de Decretos y Resoluciones cuyo repaso agobiaría a Sísifo. Por ese motivo y debido a que exceden la presente reflexión, conviene limitarnos a aquellos que impactan en la inclusión *sui generis*, de una nueva contingencia en la Ley de Riesgos del Trabajo (24.557, B.O. 04/10/95).

La parálisis social con fines profilácticos fue dispuesta en el D.N.U. N° 297/2020, (B.O. 20/03/2020), que extendió el aislamiento, tanto en relación al tiempo como a los sujetos comprendidos. Los nuevos términos del actual *aislamiento social, preventivo y obligatorio*, fueron fijados por esta norma desde el día 20/03/2020 y abarca, a la fecha, a toda la población nacional. La norma urgente estableció 24 excepciones al aislamiento dispuesto, que corresponden a actividades y servicios declarados “*esenciales en la emergencia*”. El listado es el siguiente: 1. Personal de Salud, Fuerzas de seguridad, Fuerzas Armadas, actividad migratoria, servicio meteorológico nacional, bomberos y control de tráfico aéreo. 2. Autoridades superiores de los gobiernos nacional, provinciales, municipales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires Trabajadores y trabajadoras del sector público nacional, provincial, municipal y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, convocados para garantizar actividades esenciales requeridas por las respectivas autoridades. 3. Personal de los servicios de justicia de turno, conforme establezcan las autoridades competentes. 4. Personal diplomático y consular

¹ Especialista en Derecho del Trabajo, Docente de la Universidad de Buenos Aires y de la Universidad de Palermo, Miembro de la Delegación Argentina de Jóvenes Juristas.

extranjero acreditado ante el gobierno argentino, en el marco de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y la Convención de Viena de 1963 sobre Relaciones Consulares y al personal de los organismos internacionales acreditados ante el gobierno argentino, de la Cruz Roja y Cascos Blancos. 5. Personas que deban asistir a otras con discapacidad; familiares que necesiten asistencia; a personas mayores; a niños, a niñas y a adolescentes. 6. Personas que deban atender una situación de fuerza mayor. 7. Personas afectadas a la realización de servicios funerarios, entierros y cremaciones. En tal marco, no se autorizan actividades que signifiquen reunión de personas. 8. Personas afectadas a la atención de comedores escolares, comunitarios y merenderos. 9. Personal que se desempeña en los servicios de comunicación audiovisuales, radiales y gráficos. 10. Personal afectado a obra pública. 11. Supermercados mayoristas y minoristas y comercios minoristas de proximidad. Farmacias. 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. Sin perjuicio de lo dispuesto en la norma a nivel nacional, a nivel local y en los restantes poderes del Estado, las resoluciones sobre el cumplimiento del aislamiento y modalidades de prestación incumbió a los máximos órganos responsables.

La necesidad de disminuir el tránsito en las principales zonas afectadas y evitar el aglomeramiento de gente impactó, también, en los restantes poderes del Estado. Así, la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió mediante acordadas (N° 6, 8, 9 y ccs. de 2020) decretar ferias judiciales y restringir la competencia de los jueces que no oficiaren en turno a: las libranzas que sean exclusivamente de manera electrónica de los pagos por alimentos, por

indemnización por despido, por accidentes de trabajo, por accidentes de tránsito y por honorarios profesionales de todos los procesos, siempre que en todos estos supuestos hayan sido dados en pago, en tanto lo permita el estado de las causas y así lo considere procedente el juez natural de forma remota. En el caso del Poder Legislativo, a nivel nacional, se decretó la interrupción de los plazos parlamentarios y se instrumentaron plataformas para el cumplimiento de labores y sesiones en forma remota.

Si la salida de un modelo neoconservador² fallido impuso la necesidad de declararnos en urgencia, nuestros históricos vicios presidencialistas recargaron en uno las respuestas para todos.

En esa, nuestra nacional inteligencia, los errores como el que exhibe el novedoso decreto 367/20, son inevitables.

En síntesis, las condiciones exógenas y un diseño burocratizado y centralista del Estado, nos llevaron a todos a *paralizarnos* en salud y delegar en el Ejecutivo toda la velocidad que debimos restarle a nuestras vidas.

II. Las enfermedades profesionales en la ley 24.557. Necesaria aclaración preliminar.

Hace algún tiempo reseñábamos con Lucas Caparrós, en un ensayo comparativo con Francia³, las contingencias cubiertas en el régimen de la actual Ley de Riesgos del Trabajo (LRT) que se encuentra estipulado en su art. 6°. Allí mencionábamos que bajo el título contingencias, el artículo referido establece las definiciones de accidente de trabajo, enfermedad profesional y accidente *in itinere*, como los supuestos cubiertos por el particular régimen de seguro privado y obligatorio LRT. Conviene repasar esas precisiones.

La regulación del accidente de trabajo y su subespecie, el accidente *in itinere*, se encuentra en el apartado primero que establece: “*Se considera accidente de trabajo a 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, siempre y cuando el damnificado no hubiere interrumpido o alterado dicho trayecto por causas ajenas al trabajo*”. Una primera observación permite señalar que la cobertura se extiende tanto a los supuestos donde el infortunio aconteciese en un marco de *causalidad* con el objeto del contrato de trabajo. En otras palabras, cuando la propia prestación de tareas incidiese provocando el accidente. Empero, también se consideran accidentes de trabajo a aquellos en que el mismo no encuentra un nexo causal con las tareas desplegadas pero sí con la *ocasionalidad*; esto es, una mera circunstancialidad de tiempo y lugar en que concurren el infortunio y la prestación de tareas, con independencia de que exista un nexo causal entre ellas.

² V. Simón, Julio C., Modelo Estatal y Negociación Colectiva, ed. La Ley, 1994, cap. 2.

³ Caparrós, Lucas, Taquet Francois y Seren Novoa Guido, La salud en el trabajo: ensayo comparativo entre Francia y Argentina, Revista de Derecho Laboral Actualidad, Rubinzal Culzoni, 2017-2.

La segunda observación que vale hacer, tiene relación con la deficiente técnica legislativa utilizada para la definición, que parece establecer como requisitos que el hecho se configure en forma “súbita” y “violenta”, planteando la fútil e innecesaria duda sobre la cobertura de hechos dañosos que no reúnan ambos requisitos en forma conjunta o ninguno de ellos (ej. un escape de gas)⁴.

Como fuera adelantado, la cobertura se extiende a los accidentes sufridos en el trayecto entre el domicilio del trabajador y el lugar de prestación de tareas (y viceversa), comenzando a computar tal trayecto desde el ingreso del trabajador a un ámbito público ajeno a su vivienda⁵. Se encuentran excluidos del ámbito de cobertura los accidentes ocurridos mediando interrupciones o alteraciones por causas ajenas al trabajo, con excepción de aquellas que se hubieren producido por razones de estudio, concurrencia a otro empleo o atención de familiar enfermo y no conviviente⁶.

Por último, pero de mayor relevancia para el caso en estudio, la técnica utilizada para definir a las enfermedades profesionales, de conformidad con lo dispuesto en el Convenio N° 121 de la OIT, importa la adopción de un listado de triple columna que condiciona la cobertura a la concurrencia entre: a) enfermedad; b) agente de riesgo y exposición; y, c) actividad en capacidad de determinar la enfermedad profesional. Las enfermedades no listadas no son consideradas resarcibles, a menos que se acredite la vinculación con el trabajo desempeñado. Esta modificación fue introducida por el decreto 1278/00 (B.O. 3/01/01), transformando el sistema de lista cerrada de la ley 24.557, en un sistema de lista abierta o mixto⁷, con la particularidad de que, en el caso, la prueba sobre la vinculación recae sobre el trabajador interesado en la cobertura.

La gran crítica que se ha efectuado a esta modalidad, recae en la ausencia de revisión del listado (*potestad del Poder Ejecutivo en empleo de sus facultades reglamentarias*) para el cual se creó el Comité Consultivo Permanente (art. 40.3 LRT), que solo fue efectuado dos veces desde la sanción de la norma⁸ dejando fuera de cobertura enfermedades de incuestionable etiología laboral.

Hasta aquí, podemos afirmar que el sistema se basa en supuestos excepcionales de responsabilidad objetiva, donde la causalidad entre el hecho y

⁴ V. Ackerman, Mario, Ley de Riesgos del Trabajo Comentada y Concordada, ed. Rubinzal Culzoni, 2014, pp. 235 y ss.

⁵ Monzón, Máximo D., El trayecto en el accidente “in itinere”: un problema de semántica jurídica, citado en Ackerman, Ario E., Ley de Riesgos del Trabajo ...op. cit., p. 246.

⁶ En estos casos, pesa sobre el trabajador la obligación de declarar tales circunstancias por escrito ante el empleador, (y éste dentro de las setenta y dos (72) horas ante el asegurador), debiendo presentar el pertinente certificado a requerimiento dentro de los tres (3) días hábiles de requerido.

⁷ El numerus clausus fue posteriormente cuestionado por el tribunal cívico en el Recurso de Hecho, “Silva, Facundo Jesús c/ Unilever de Argentina S.A” (CSJN, 8/12/07). No debe confundirse que, en este caso, el pronunciamiento versó en el marco de un reclamo con relación al sistema de responsabilidad extra-sistémico, es decir, en términos de responsabilidad civil del sujeto empleador.

⁸ Decretos 1167/03 (B.O. 3/12/03) y 49/14 (B.O. 20/01/14).

el daño se presupone legalmente⁹. No obstante, tal simplificación pareciera no honrar los matices y particularidades que se presentan a poco de indagar, un poco más, en las contingencias cubiertas por este sistema, que han llevado a doctrina especializada a no distinguir con claridad los nexos de imputabilidad¹⁰

Como se adelantó, en principio, las enfermedades no listadas no son consideradas resarcibles, a menos que se acredite la vinculación con el trabajo desempeñado en forma *directa e inmediata*. Según el art. 6° de la ley, resulta facultad de la Comisión Médica Central tal determinación. Corrijamos. En primera instancia, por imperio del art. 1° de la ley 27.348 (B.O. 24/02/17), la competencia corresponde en primera instancia a la Comisión Médica Jurisdiccional¹¹, pero pareciera que el texto de la ley 24.557 no se ha percatado. El DNU en estudio, tampoco.

Para clarificarlo, soslayando la confusión entre la *causa* de la enfermedad (*directa*) y las *consecuencias resarcibles* del daño producido por ésta (*inmediatos*) que pareciera situarnos en la tesis de causalidad próxima, la facultad resulta privativa de un órgano administrativo no jurisdiccional con sede única en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. La inconstitucionalidad de tal atribución y la privación al resarcimiento que este tránsito dantesco impone, ha llevado tácitamente a muchos tribunales a arrogarse la facultad de determinación casual en este caso, abonando a la tesis de causalidad adecuada. Además, la confusión entre causa y consecuencia presente en la formulación del artículo imulsó a la jurisprudencia, en ocasiones, a reimplantar la teoría de la indiferencia de la concausa, sin perjuicio del generalizado acuerdo sobre la intención opuesta de la norma. Mientras el factor laboral actúe directamente para la existencia de la enfermedad, no pareciera requerirse más indagación sobre concausas que pudieran atenuar la responsabilidad para ordenar la restitución de sus consecuencias inmediatas.

III. El D.N.U. 367/20. Crítica y desconcierto.

El 15 de abril de 2020, nos encontramos con otro Decreto de Necesidad y Urgencia, el N° 367 de un primer cuatrimestre del año que, efectivamente, se caracterizó por la necesidad, la urgencia y el miedo que nos llevó a esa parálisis y a ese vértigo de los que hablábamos en las primeras líneas.

Este nuevo decreto de diez artículos y veinte párrafos de considerandos, viene a dar respuesta a una acuciante problemática: el padecimiento del

⁹ Orgaz, Alfredo, El daño resarcible, ed. Lerner, Córdoba, 1980, p. 53.

¹⁰ Consideración que plenamente compartimos, expuesta por Babace, Héctor en Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales. Tendencias de la legislación comparada con especial referencia al derecho uruguayo, ed. Fundación de cultura Universitaria, Montevideo, 2003, p. 18.

¹¹ Los puntos de conexión territorial que determinan esta competencia administrativa son: el domicilio del trabajador; el lugar de efectiva prestación de servicios; o, en su defecto, al domicilio donde habitualmente aquel se reporta, a opción del dependiente. Esta resolución agota la instancia administrativa dejando expedita la vía judicial o el recurso ante la Comisión Médica Central, también a elección del trabajador (cfr. arts. 1 y 2).

COVID-19 por causas laborales o, en otras palabras, el coronavirus como enfermedad profesional.

Con ese fin, el decreto establece que se considerará al COVID-19 *presuntivamente una enfermedad de carácter profesional -no listada- en los términos del apartado 2 inciso b) del artículo 6° de la Ley N° 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 Decreto N° 297/20 y sus normas complementarias, y mientras se encuentre vigente la medida de aislamiento dispuesta por esas normativas (art. 1°).*

Repasemos.

Establece una patología (COVID-19) que en ciertas actividades (aquellas exentas del aislamiento social, preventivo y obligatorio), será presuntivamente considerada enfermedad profesional.

El art. 4°, a su turno, complementa lo dispuesto estableciendo que *[E]n los casos de trabajadoras y trabajadores de la salud se considerará que la enfermedad COVID19, producida por el coronavirus SARS- CoV-2, guarda relación de causalidad directa e inmediata con la labor efectuada, salvo que se demuestre, en el caso concreto, la inexistencia de este último supuesto fáctico. Esta presunción y la prevista en el artículo 1° del presente rigen, para este sector de trabajadores y trabajadoras, hasta los SESENTA (60) días posteriores a la finalización de la vigencia de la declaración de la ampliación de emergencia pública en materia sanitaria realizada en el Decreto 260/20, y sus eventuales prórrogas.*

¿Entonces?

Establece, también, una patología (COVID-19) que en ciertas actividades (trabajadores de la salud), será presuntivamente considerada enfermedad profesional, cuando estén expuestos al virus (SARS-CoV-2). Bien podría formularse de la siguiente manera: Una patología (COVID-19), detectada en cierta actividad (actividad sanitaria), expuesta a un factor de riesgo (SARS-CoV-2), da como resultado una enfermedad profesional (COVID-19, en trabajadores de la salud expuestos al virus). Cualquier semejanza con un listado de triple columna...¿es un accidente?

Es cierto que en el caso de los demás trabajadores exceptuados no se requiere factor de riesgo. También es cierto que adoptando la teoría de la indiferencia de la concausa, toda patología padecida por un trabajador y causada por el ambiente de trabajo es una enfermedad no listada en los términos del apartado 2, inciso b, del art. 6° LRT.

Con excepción del financiamiento de las prestaciones íntegramente a cargo del Fondo Fiduciario de Enfermedades Profesionales (Dto. 590/97, B.O.04/07/97), mientras dure el aislamiento obligatorio (art. 5°) y de las casi inexplicables limitaciones temporales sobre la consideración del COVID-19 como enfermedad profesional en estos casos (Arts. 1 y 4), la norma no parece justificarse.

No parece justificarse, pues es el Poder Ejecutivo en uso de sus facultades reglamentarias quien tiene la potestad de ampliar el listado de enfermedades profesionales (cfr. arts. 6 y 40 LRT). Puede achacarse que apremie el tiempo y que por ello se obvie el procedimiento de consulta ante el Comité Consultivo Permanente¹² (art. 40, apartado 1 LRT). Pero estos son tiempos de necesario consenso para evitar que el centralismo y el desequilibrio republicano al que nos somete la pandemia, se exageren. En la laxitud coyuntural, el diálogo social y la participación que la tecnología hoy nos habilita debe ser explotada, sobre todo para pensar en conjunto y lograr soluciones consensuadas que garanticen un máximo de acatamiento¹³.

PONER INCONSTITUCIONALIDAD COMISION MEDICA CENTRAL

IV. Conclusión de una ley accidentada.

Otras muchas cosas pueden achacarse a la norma. Podría cuestionarse el modo de financiamiento descripto. Podría cuestionarse su prosa y hasta el evidente error de considerar que imprime un nuevo eximente cuando dispone que la cobertura será tal, a menos que se corté la causalidad (v. art. 4). También podrían efectuarse (o reiterarse) algunas consideraciones en relación a la delegación de facultades reglamentarias en la SRT (arts. 5 y 6).

Es el contexto tan hablado y angustiante el que nos lleva a soslayarlas.

Ciertamente, pareciera que nunca habrá tiempo para tener una Ley de Riesgos del Trabajo consensuada, prolija y fácilmente interpretable. El derrotero de decretos, reglamentos y resoluciones que componen el sistema de prevención y resarcimiento de infortunios laborales se presenta accidentado como aquellas contingencias que quiere prevenir y resarcir. Y vuelve a darnos oportunidades perdidas de verdadero diálogo social.

Sostenía Concepción Arenal que *las malas leyes hallarán siempre, y contribuirán a formar, hombres peores que ellas, encargados de ejecutarlas*. Esperemos que, al menos, esta norma necesaria y urgente sirva para dar una respuesta en términos de contención estatal para aquellos que solo han contado con aplausos.

¹² Integrado por cuatro representantes del Gobierno, cuatro representantes de la CGT, cuatro representantes de las organizaciones de empleadores (dos de los cuales son designados por el sector de la pequeña y mediana empresa), y dos representantes de las jurisdicciones que hayan optado por el régimen de Autoseguro Público Provincial, los que se integrarán a la representación del sector gubernamental (cfr. art. 9° de la Ley N° 27.348 B.O. 24/02/2017)

¹³ V. Las Heras, Horacio, La necesidad de la negociación colectiva como forma de sortear la crisis. Hacia la responsabilidad, en Revista de Derecho Laboral Actualidad, Rubinzal Culzoni, Dossier N° 2.