

Título: El coronavirus y las normas de prevención en materia laboral

Autor: De Diego, Julián A.

Publicado en: La Ley Online;

Cita Online: AR/DOC/765/2020

Sumario: I. Introducción.— II. La pandemia es una causal de fuerza mayor.— III. Las suspensiones previstas en la LCT.— IV. El despido por fuerza mayor de la LCT y la duplicación de la indemnización por despido.— V. Conclusiones.

[\(*\)](#)

I. Introducción

Todos actuaron por precaución en forma tardía para evitar la epidemia primero y la pandemia hoy. En rigor, nada se puede hacer salvo prevenir y evitar con acciones colectivas e individuales contra el contagio. La cuarentena de catorce [14] días debe cumplirse rigurosamente, y, además, habrá que vigilar el entorno familiar y social.

En el plano estrictamente del trabajo dependiente una plaga se trata de una hipótesis de fuerza mayor tratándose de un evento imprevisto o que si se hubiere previsto resulta inevitable.

La pandemia del coronavirus conforme la declaración de la OMS impone a nuestro país una serie de obligaciones con el fin de evitar el contagio y por ende esto afecta en forma directa a la actividad privada.

La primera norma que se conoció provino del Ministerio de Trabajo de la Nación que ordenó el otorgamiento de una licencia obligatoria y estableció en forma imperativa que toda persona que ingrese desde el exterior que sea dependiente del Estado o de la actividad privada, debe someterse voluntariamente a una cuarentena de catorce [14] días con goce de salarios, a fin de constatar si se evidencian los síntomas del coronavirus y en su caso que ha sido contagiado en su lugar de destino en el extranjero (resolución 178/2020 Ministerio de Trabajo).

A continuación, la res. 184/2020 amplió la aplicación de la licencia obligatoria de catorce [14] días, a todos los casos en donde se determine a través de la autoridad de aplicación por razones médicas, y también casos de becas, pasantías, locación de servicios, y otros formatos de contratación no muy claras, como el pluriempleo en donde la licencia obviamente comprende a todas las contrataciones que tiene operativas cada trabajador en esas condiciones.

Luego se dictó la resolución MT 207/2020 que se refiere a la población de riesgo y a su cobertura de excepción.

II. La pandemia es una causal de fuerza mayor

El art. 1730 del Nuevo Cód. Civ. y Com. de la Nación dispone que "... Se considera caso fortuito o fuerza mayor al hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado. El caso fortuito o fuerza mayor exime de responsabilidad, excepto disposición en contrario".

A su vez está previsto la posible anulación de un contrato si se presentara una causal de caso fortuito o fuerza mayor (art. 955 del Cód. Civ. y Com.). En cualquier caso, estas normas, a los fines laborales son supletorias.

En cualquier caso y en el marco de la Ley de Contrato de Trabajo está previsto la fuerza mayor como una justa causa de suspensiones sin goce de salarios y el despido por causa de fuerza mayor (art. 247, LCT) con una indemnización del 50% de la completa prevista en el art. 245 (LCT).

Las causas de fuerza mayor generalmente están asociadas a grandes cataclismos, como los hechos de la naturaleza (terremoto, maremoto, etc.) o acontecimientos inevitables como una inundación en zona inundable o un movimiento sísmico en zona sísmica. No alcanza las vicisitudes del negocio ni las alternativas casuísticas del manejo de una determinada actividad [\(1\)](#).

Las suspensiones como los despidos originados en causas económicas no imputables al empleador, y las que se originan en caso fortuito o fuerza mayor deben estar precedidas del Procedimiento Preventivo de Crisis reglado en la Ley Nacional 24.013 de Empleo, que cuenta con hipótesis en los cuales es obligatorio en función de la cantidad de personal afectado.

En efecto, el art. 98 de la ley 24.013 establece que con carácter previo a la comunicación de despidos o suspensiones por razones de fuerza mayor, causas económicas o tecnológicas, que afecten a más del 15 por ciento de los trabajadores en empresas de menos de 400 trabajadores; a más del 10 por ciento en empresas de entre 400 y 1000 trabajadores; y a más del 5 por ciento en empresas de más de 1000 trabajadores, deberá sustanciarse el procedimiento preventivo de crisis previsto en este capítulo.

A su vez, el procedimiento preventivo de crisis (2) se tramitará ante el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, a instancia del empleador o de la asociación sindical de los trabajadores. A su vez la autoridad de aplicación estableció que todo PPC que aspire a obtener un subsidio o beneficio económico para atender la crisis solo podrá tramitar ante el Ministerio de Trabajo de la Nación, anulando las atribuciones que oportunamente se les asignaron a las provincias en el mismo sentido. En su presentación, el peticionante fundamentará su solicitud, ofreciendo todos los elementos probatorios que considere pertinentes, que en el caso de la pandemia de coronavirus no es necesaria por ser un evento de existencia notoria e indiscutible. Dentro de las 48 horas de efectuada la presentación, el Ministerio dará traslado a la otra parte, y citará al empleador y a la asociación sindical a una primera audiencia, dentro de los cinco días. En caso de no existir acuerdo en la audiencia prevista en el artículo anterior, se abrirá un período de negociación entre el empleador y la asociación sindical, el que tendrá una duración máxima de 10 días (3).

III. Las suspensiones previstas en la LCT

La batería de recursos de la Ley de Contrato de Trabajo es de orden público mientras que las normas emanadas del Ministerio de Trabajo pueden ser objetables, dado la jerarquía normativa de las mismas, en efecto, todas son resoluciones, que, a pesar de provenir de atribuciones provenientes de leyes de emergencia, podrían considerarse técnicamente incompatibles.

Las suspensiones para ser válidas requieren de justa causa (disciplinarias, económicas y de fuerza mayor) debe tener plazo determinado (30 días para las dos primeras y 75 días para la última, en conjunto 90 días máximo) y debe notificarse fehacientemente en general por escrito y en forma individual.

Así es que se considera que tiene justa causa la suspensión que se deba a falta o disminución de trabajo no imputable al empleador, a razones disciplinarias o a fuerza mayor debidamente comprobada como es el caso de la pandemia. En el art. 220 se establece el plazo máximo de las suspensiones fundadas en razones disciplinarias o debidas a falta o disminución de trabajo no imputables al empleador, no podrán exceder de treinta [30] días en un [1] año, contados a partir de la primera suspensión. A su vez las suspensiones fundadas en razones disciplinarias deberán ajustarse a lo dispuesto por el art. 67 (LCT), sin perjuicio de las condiciones que se fijaren en función de lo previsto en el art. 68 (LCT). En la misma se aclara que el empleador, en todos los casos, deberá ejercitar las facultades que le están conferidas en los artículos anteriores, así como la de disponer suspensiones por razones económicas, en los límites y con arreglo a las condiciones fijadas por la ley, los estatutos profesionales, las convenciones colectivas de trabajo, los consejos de empresa y, si los hubiere, los reglamentos internos que estos dictaren. Siempre se cuidará de satisfacer las exigencias de la organización del trabajo en la empresa y el respeto debido a la dignidad del trabajador y sus derechos patrimoniales, excluyendo toda forma de abuso del derecho.

Por su parte el art. 221 (LCT) contempla el caso de las suspensiones por fuerza mayor debidamente comprobadas podrán extenderse hasta un plazo máximo de setenta y cinco [75] días en el término de un [1] año, contado desde la primera suspensión cualquiera sea el motivo de esta (4). A su vez, en este supuesto, así como en la suspensión por falta o disminución del trabajo, deberá comenzarse por el personal menos antiguo dentro de cada especialidad. A la norma precedente la complementa la que sigue con respecto del personal ingresado en un mismo semestre, deberá comenzarse por el que tuviere menos cargas de familia, aunque con ello se alterase el orden de antigüedad.

A los plazos individuales por causas disciplinarias y económicas referidas a la falta o disminución de trabajo no imputables al empleador de 30 días en el año, de 75 días en el caso de fuerza mayor, el art. 222 (LCT) plantea los plazos máximos. En efecto, toda suspensión dispuesta por el empleador de las previstas en los arts. 219, 220 y 221 que excedan de los plazos fijados o en su conjunto y cualquiera fuese la causa que la motivare, de noventa [90] días en un [1] año, a partir de la primera suspensión y no aceptada por el trabajador, dará derecho a este a

considerarse despedido. Sin perjuicio de ello, lo estatuido no veda al trabajador la posibilidad de optar por ejercitar el derecho de cobrar los salarios que excedan los límites prefijados. En el art. 223 (LCT) se establece que cuando el empleador no observare las prescripciones de los arts. 218 a 221 sobre causas, plazo y notificación, en el caso de sanciones disciplinarias, el trabajador tendrá derecho a percibir la remuneración por todo el tiempo que estuviere suspendido si hubiere impugnado la suspensión, hubiere o no ejercido el derecho que le está conferido por el art. 222 de esta ley.

En cuanto al término de un año al que refiere la ley, se toma el plazo de suspensión que se va a imponer, y desde el último día de la misma se debe computar un año aniversario precedente, y dentro de él habrá que verificar que no se superen los plazos.

Dentro del contexto del sistema de suspensiones de la LCT resulta como más moderno que las que no cuentan con ningún ingreso para el trabajador durante su vigencia.

En la actualidad se aplica con mayor frecuencia el art. 223 bis (LCT) (5) introducido en la reforma laboral de 1966 y establece que se considerará prestación no remunerativa las asignaciones en dinero que se entreguen en compensación por suspensiones de la prestación laboral y que se fundaren en las causales de falta o disminución de trabajo, no imputables al empleador, o fuerza mayor debidamente comprobada, pactadas individual o colectivamente u homologadas por la autoridad de aplicación, conforme normas legales vigentes, y cuando en virtud de tales causales el trabajador no realice la prestación laboral a su cargo. Sólo tributará las contribuciones establecidas en las leyes 23.660 y 23.661 correspondiente de al régimen de obras sociales (6).

Entre otras ventajas esta norma no presenta límites en lo que hace a los plazos, se puede aplicar por lapsos prolongados como ocurre en forma regular en la industria automotriz. El acuerdo con los sindicatos y la homologación del Ministerio de Trabajo conforman el plexo de contención de las decisiones que pueda adoptar la empresa. Otra ventaja es que se evitan los despidos, se retiene el personal esperando la normalización, y, por ende, no hay que afrontar las indemnizaciones y la duplicación de la misma en caso de extinción del vínculo.

IV. El despido por fuerza mayor de la LCT y la duplicación de la indemnización por despido

La justa causa de extinción del contrato de trabajo por fuerza mayor o por falta o disminución de trabajo o por caso fortuito o fuerza mayor se establece en el art. 247 (LCT) que en los casos en que el despido fuese dispuesto por causa de fuerza mayor o por falta o disminución de trabajo no imputable al empleador fehacientemente justificada, el trabajador tendrá derecho a percibir una indemnización equivalente a la mitad de la prevista en el art. 245 de esta ley (7).

La jurisprudencia exige que la invocación de los casos de fuerza mayor o de falta o disminución de trabajo no imputables al empleador debe estar asociado a medidas que tienen por finalidad paliar la situación a través de medidas previas a tomar la decisión de despedir (8).

La causal invocada, en este caso la pandemia de coronavirus, debe haber afectado en forma negativa a la actividad, como podría ser el caso de una empresa de turismo, a contrario sensu de lo que puede ocurrir con una empresa que fabrica y comercializa los productos necesarios para enfrentar el virus como los guantes, los protectores faciales, y el alcohol en gel (9).

En tales casos el despido deberá comenzar por el personal menos antiguo dentro de cada especialidad. Respecto del personal ingresado en un mismo semestre, deberá comenzarse por el que tuviere menos cargas de familia, aunque con ello se alterara el orden de antigüedad.

V. Conclusiones

El principio general de buena fe indica que cada sujeto debe actuar como lo debería haber hecho un buen trabajador y un buen empleador, lo que impone a todos actuar con sentido común y con espíritu de solidaridad, frente a los efectos nocivos del coronavirus, no solo con base en los protocolos, las normas o las recomendaciones. Se espera de todos que observen una conducta propia de quién tiene una responsabilidad individual y otra colectiva que puede bloquear, neutralizar o impedir los contagios.

Las licencias obligatorias, las cuarentenas, y otros recursos utilizados por el Poder Ejecutivo para paliar la crisis de la pandemia, son medios idóneos para enfrentar los contagios, sin perjuicio de lo cual un fenómeno como

el enfrentado puede prolongarse en el tiempo, y, por ende, habrá que analizar con ello los efectos en la vigencia y vicisitudes del contrato de trabajo.

Por ende, es un caso en donde el empleador podría escusarse prima facie de su responsabilidad si por ejemplo suspendiere a sus trabajadores por efecto de la pandemia sin goce de salarios. Esta hipótesis choca con la licencia de catorce días por cuarentena y con otras suspensiones que adopte el Poder Ejecutivo como suspender el comienzo de las clases en todos los niveles, o en la justicia de declarar feria sanitaria para evitar los contagios.

También es distinta la situación de todo lo que se organice en forma virtual como el teletrabajo, la educación y comunicaciones a través de streaming o conferencias telefónicas o video conferencias. En estos casos la actividad remunerada continúa con las variaciones antedichas.

La licencia por asistencia de hijos en edad escolar, con la suspensión de las clases, se estableció originariamente que era una licencia sin goce de salarios, dado que, además, las empresas pueden contar con grandes dotaciones en tal circunstancia. Luego se aclaró que como se trata de una inasistencia justificada la LCT en general lo plantea como una ausencia con goce de la remuneración. Luego, entre las directivas del Ministerio de Trabajo se terminó planteando que esta licencia debe negociarse con los sindicatos representativos y al mismo tiempo, se puede recurrir al pago de una suma no remunerativa en función de lo establecido por el art. 223 bis de la LCT que ya comentamos.

La reacción favorable de las empresas a la pandemia de coronavirus COVID-19 genera confianza en la prevención y simultáneamente preocupa la ligereza y la falta de recursos con mentalidad preventiva de individuos, de organizaciones y de las autoridades frente a las necesidades del momento.

Un crucero de chinos desembarco sin control en Ushuaia, un ejecutivo enfermo que siguió concurriendo a su oficina sabiendo que tenía los síntomas, algún caso de diagnóstico tardío, la ingenuidad de la declaración jurada requerida al comienzo en Ezeiza son algunos de los temas que generan distintas percepciones, que pueden llegar a la indignación.

Por lo pronto se sabe que las camas disponibles de terapia intensiva y de los equipos de asistencia respiratoria son insuficientes para atender una pandemia que se pueda extender a la población si los contagios alcanzan a un número similar a la de los países en condiciones similares. En algunas provincias, ambos dispositivos tienen solo algún sanatorio con instalaciones adecuadas y con número de camas escasa y pocos equipos de asistencia respiratoria mecánica.

En cuanto a las medidas que pueden o deben adoptar las empresas tenemos en primer lugar la cuarentena de dos semanas para los trabajadores provenientes de los países endémicos. Tenemos a su vez las medidas que valla adoptando el Poder Ejecutivo para proteger a los casos de mayor vulnerabilidad. La licencia con goce de salarios de una persona sana puede preservar su salud. Luego, los recursos de la Ley de Contrato de Trabajo.

A los trabajadores puede asignársele teletrabajo o home office, cambiando a licencia médica si se verifican los síntomas. 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, el tratamiento, la recuperación y la rehabilitación de los enfermos.

Hemos entrado en una emergencia propia de una guerra, comparable a las Malvinas, similar a la crisis del 2001 o como la epidemia de Gripe A, pero en un escenario más complejo que requiere de nuevos recursos, nuevos medios, y de la intervención especial del Gobierno Nacional como líder frente a la crisis.

(*) Abogado, Doctor en Ciencias Jurídicas, y Profesor Titular Ordinario de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de las carreras de grado y de posgrado de la Facultad de Derecho y de la Facultad de Ciencias Económicas de la UCA. Director del Posgrado en Conducción de RR.HH. de la Escuela de Negocios de la UCA.

(1) Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y Minería de Neuquén, sala II, 03/07/2015, "Jerez Uribe, Beatriz A. c. Hostería Las Balsas SA s/ despido por causales genéricas", LLOnline AR/JUR/24476/2015: Un complejo hotelero no puede simplemente ampararse en la merma sufrida por la actividad turística para no convocar a su dependiente, pues son determinados momentos del año y no el temperamento de la clientela los que le otorgan su rasgo característico a la temporada, pudiendo variar mínimamente las fechas particulares de inicio y

cierre, pero sin llegar a constituir un dato que desnaturalice el concepto, con lo cual esa omisión constituye una conducta contraria al régimen jurídico aplicable.

(2) CS, 07/05/2013, "García, Raúl E. c. Franklin Consultora SA y otros", LA LEY 29/05/2013, 9 - LA LEY 2013-C, 385 - LA LEY 03/06/2013 - 12 DJ 07/08/2013, 24 LA LEY 18/10/2013, 4 LA LEY 2013-E, 557 LA LEY 18/10/2013, 4 ED 31/12/2013, 1 - AR/JUR/13609/2013: Si el trabajador y su empleadora —contratista del Ente Binacional Yacyretá— acudieron al SeCLO y concertaron un acuerdo basado en el art. 247, LCT, el que fue declarado nulo por haber sido convenido en forma previa al procedimiento preventivo de crisis (ley 24.013 y dec. 265/2002), el fallo que se pretende impugnar se fundamenta en razones no federales, y es criticado por motivos de igual tenor, y, por lo tanto, irrevisables en la instancia del art. 14 de la ley 48, máxime cuando se llegó a un resultado análogo a lo dispuesto por el tratado internacional aplicable (del dictamen de la Procuradora Fiscal que la Corte hace suyo).

(3) Ley 24.013 arts. 98 a 105.

(4) STJ Santiago del Estero, sala Criminal, Laboral y Minas, 16/08/2012, "Santillán, Leonardo R. y otros c. Dosar SRL s/ indemnización por antigüedad, etc. - casación laboral", LLOnline, AR/JUR/43632/2012: Dado que las suspensiones decididas por razones de fuerza mayor por la empleadora han excedido el plazo máximo de 75 días en el término de un año fijado por la ley para tal supuesto, dicha decisión importa sin más violación del art. 221 de la Ley de Contrato de Trabajo y por ello resulta justificado el despido indirecto en que se colocaron los trabajadores.

(5) DE DIEGO, Julián A., "La suspensión subsidiada. Herramienta frente a una crisis laboral", LA LEY 26/06/2014, 1 - LA LEY 2014-D, 657 - DT 2014 (agosto), 2071 - AR/DOC/2109/2014: I. Introducción. II. Los antecedentes de la suspensión subsidiada. III. El marco regulatorio y sus alcances. IV. La instrumentación práctica y sus límites. V. Conclusión. En la suspensión subsidiada el trabajador recibe una parte de su ingreso, que le permite cubrir las necesidades de subsistencia. Preserva el principio de continuidad y el deber de ocupación, manteniendo vigente el contrato de trabajo, con el propósito de "ganar tiempo" esperando una mejora de la coyuntura crítica.

(6) Artículo incorporado por art. 3° de la Ley 24.700, BO 14/10/1996.

(7) CNTrab., sala X, 29/08/2011, "Abella Pulis, Eduardo J. y otros c. Histap SA s/ despido", LLOnline AR/JUR/49093/2011: El despido de los trabajadores no puede justificarse con base en la causal prevista por el art. 247 de la Ley de Contrato de Trabajo, si las dificultades económicas y financieras que invocó el empleador suponen situaciones que pueden obedecer a diversas causas, incluyendo la errónea conducción económica de su parte, que no resultan suficientes para demostrar la falta de trabajo y fuerza mayor.

(8) CNTrab., sala X, 17/03/2015, "Francischelli, Sandra P. c. I. C. Ferrarotti y Cía. SA y otro s/ despido", LLOnline AR/JUR/13129/2015: La sentencia que rechazó la configuración de un supuesto de fuerza mayor o de falta o disminución de trabajo debe ser confirmada pues el empleador no cuestiona debidamente las conclusiones del a quo en orden a que ninguna prueba produjo para acreditar que hubiera tomado medidas para atenuar o disminuir la situación deficitaria que habría estado atravesando ni tampoco que hubiera seguido el procedimiento del art. 247 de la Ley de Contrato de Trabajo en cuanto a antigüedad y cargas de familia, teniendo en cuenta que el dependiente gozaba de mucha antigüedad y que fueron despedidos menos de la mitad de los trabajadores.

(9) CNTrab., sala V, 19/06/2008, "Jiménes, José A. c. Frigorífico Metan SA", LLOnline AR/JUR/5183/2008. Resulta improcedente el despido del trabajador fundado en la disminución de trabajo derivada del derrumbe de la parte más antigua del establecimiento, en tanto no se demostró en qué medida tal hecho afectó económicamente al empleador, por lo que no puede encuadrarse en el art. 247 de la LCT, puesto que no se dan los presupuestos de fuerza mayor o falta o disminución de trabajo no imputable al empleador, ya que por la antigüedad del edificio cabe presumir que no fue casual el derrumbe producido, máxime que tampoco se acreditó haberse realizado las tareas de mantenimiento para que todo el edificio pudiera funcionar en su plenitud.