

**Ref.: Ensayo en materia Laboral
Situación COVID-19**

(a) Situación actual:

Cabe en estos días establecer –en términos estrictamente jurídicos si la pandemia desatada a raíz de la propagación del COVID-19 constituye un riesgo empresarial y que como tal debe ser asumido por el principal o si por contrario imperio, se trata de un supuesto de fuerza mayor.

A nuestro entender, una pandemia, de la cual no está exento ningún estado, nación, raza y/o religión, impone considerar que el mundo del trabajo y en particular de las relaciones laborales en modo alguno puede considerarse aislado de esta excepcional situación. Es precisamente el contexto generalizado y la impicancia absoluta que la pandemia tiene en la sociedad toda, la premisa que impide concebir al ius laboralismo apartado de la coyuntura como si se tratase del único organismo vivo inmune a esta situación.

Cierto es que no es momento de oportunismos ni de buscar ventajas. Es momento de olvidar –por un momento- la concepción tradicional que nos han enseñado nuestros sabios profesores y quienes nos han antecedido en esta materia respecto del criterio de la contraposición de intereses y capacidad de negociación entre dependiente y principal, entre trabajador y empresario. Esto requiere de medidas ajustadas a la realidad, hoy la única puja de poder o conflicto es entre el derecho del trabajo por un lado y la pandemia por el otro.

En nuestra concepción no será posible superar esto sin empresarios ni trabajadores. No se trata de los unos o los otros. Esto obliga a todos los individuos que conforman las relaciones laborales a mostrar su grandeza, su capacidad de pensar en la superación conjunta y de demostrar que son capaces de dejar de lado las ambiciones personales, sean estas ya en el plano individual como en el plazo de las relaciones colectivas del trabajo.

Se han visto ya algunos gestos de unos y otros a lo largo de la Argentina en donde algunas automotrices han parado sus líneas de producción de automóviles para adecuarse y dedicarse a la producción de respiradores artificiales y a algunas entidades gremiales que han anunciado la puesta a disposición de camas en sus sanatorios sindicales, se trata hasta aquí de gestos nobles y plausibles necesarios más no suficientes Cabe ponernos todos a trabajar para hacer que una vez pasado este mal momento nos encontremos con la mayor cantidad de trabajadores empleados y con la mayor cantidad de empleadores con capacidad de dar trabajo. A no dudar, sin uno no hay el otro.

Retomando la cuestión respecto a la calificación jurídica de la situación actual compartimos la idea de que una pandemia como la que nos azota es ni más ni menos que uno de los supuestos de fuerza mayor puesto que se trata de un evento imprevisto o que si se hubiere previsto resulta imposible evitar.

La pandemia del COVID-19 conforme las declaraciones de la Organización Mundial de la Salud (OMS) impone a nuestro país una serie de obligaciones tendientes a evitar o ralentizar los contagios, de modo que esta situación ineludiblemente impacta a las relaciones laborales.

En el orden jurídico interno, la primer disposición normativa emanó 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, debía someterse voluntariamente a una cuarentena de catorce [14] días con goce de salarios (Res. MT 178/2020). Seguido a ello, se emitió la Res. MT 184/2020 que dispuso ampliar la aplicación de la licencia obligatoria de catorce 14 días, a todos los casos en donde se determinase 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 naturalmente alcanzaba a todas y cada una de las vinculaciones contractuales con que se relacione el trabajador y de este modo, luego se dictó la Res. MT 207/2020 que hizo especial referencia a la población de riesgo y a su cobertura de excepción.

El art. 1730 del nuevo Código Civil y Comercial 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". Es en función de la norma de derecho común a la cual debemos acudir por carecer en nuestra materia específica de una definición del concepto de "caso fortuito o fuerza mayor" que abrazamos la idea de que la pandemia producida por el COVID-19 es una causal indiscutible de fuerza mayor.

Cabe en este sentido, analizar las posibilidades o cursos de acción que esta situación de rigurosa excepción nos habilita.

(b) Cursos de acción:

En lo que nos atañe, la Ley de Contrato de Trabajo prevé la fuerza mayor como una justa causa de suspensiones sin goce de salarios (art. 223 LCT) y el despido por causa de fuerza mayor (art. 247 LCT) con una indemnización equivalente al 50% de la indemnización prevista en el art. 245 LCT (para el despido injustificado o sin causa)

Históricamente en doctrina se han asemejado a las causas de fuerza mayor a los grandes hechos de la naturaleza (terremoto, maremoto, la caída de un meteorito, etc.) o sucesos inevitables como una inundación o un incendio generalizado que implique la destrucción total del establecimiento. Salvo estas limitadas excepciones (cuya enunciación es manifiestamente descriptiva y no enunciativa), el resto de las vicisitudes o contingencias se asocian al concepto de riesgo empresario y en cuyo caso, será el empleador quien deba soportar las pérdidas, justificándose naturalmente esta solución en que es quien se beneficia de la bonanza del negocio cuando ello sucede y quien debe asumir la responsabilidad inherente a la del buen hombre de negocios.

(1) De este modo, las suspensiones de los contratos de trabajo así como los despidos sustentados en causas económicas no imputables al empleador, y las que se originan en caso fortuito o fuerza mayor imponen, de modo necesario aunque no suficiente, la tramitación previa del Procedimiento Preventivo de Crisis establecido en la Ley 24.013 (Ley Nacional de Empleo), que regla mediante parámetros claros vinculados a la nómina del empleador y la cantidad de personal afectado las hipótesis en las cuales resulta imperativo el inicio del procedimiento antes señalado.

Precisamente 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% de los trabajadores en empresas de menos de 400 trabajadores; a más del 10% 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 la norma citada, señalando además que dicho procedimiento deberá ser sustanciado ante la autoridad administrativa del trabajo (hoy día, reservado sólo al Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación cuando a través del mentado procedimiento se persiga la obtención de subsidios o beneficios impositivos o previsionales) a instancias del empleador o bien de la asociación sindical que ejerza la representación de los trabajadores.

En la presentación que de inicio al procedimiento preventivo de crisis, deberán exponerse con claridad y precisión los fundamentos o motivaciones que justifican la misma y en tal sentido, deben arrimarse en dicho acto todas las medidas de pruebas pertinentes que apoyen la presentación. Si bien en el caso del COVID-19 la pandemia se ha visto reconocida por las propias normas emanadas de las autoridades nacionales y en tal sentido se encuentra exceptuada de ser probada, cabe de todos modos arrimar las medidas de prueba hábiles para justificar la presentación en relación al impacto concreto que la pandemia causa en el peticionante.

Según el procedimiento reglado en la propia Ley Nacional de Empleo (LNE), dentro de las 48 horas de efectuada la presentación, el Ministerio de Trabajo 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, se abrirá un período de negociación entre el empleador y la asociación sindical, el que tendrá una duración máxima de 10 días.

Por su parte, resulta claro que el orden público laboral alcanza a la Ley de Contrato de Trabajo, no así a las normas emanadas del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación puesto que las mismas pueden ser objeto de cuestionamiento jurisdiccional en función de su jerarquía normativa y habida cuenta que las mismas encuentran justificación en atribuciones provenientes de Decretos de Necesidad y Urgencia (DNU), lo que podría dar espacio a debates respecto de su compatibilidad con el orden público laboral.

(2) Así las cosas, resulta imperativo memorar que las suspensiones aplicadas a los trabajadores requieren, como condicionante de validez, la exposición de una justa causa que las demuestre, sea ya de tipo disciplinarias, económicas o por fuerza mayor. De igual modo, se impone a cada uno de los supuestos un plazo máximo de duración o extensión siendo de 30 días para las disciplinarias o por causas económicas no imputables al empleador y de 75 días para las motivadas en fuerza mayor.

Va de suyo que este tipo de decisiones empresarias imponen el deber de notificación por escrito y de modo individual.

Por lo dicho, cabe entonces definir para cada actividad, para cada empresario y para cada sector de producción, comercialización, transporte, alistamiento o expendio si 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 en función de la pandemia provocada por el COVID-19.

En nuestra opinión, la pandemia motivada en el COVID-19 debiera ser admitida como un supuesto de fuerza mayor debidamente comprobada para los casos no exceptuados en las normas dictadas en el marco de la emergencia sanitaria y que se encuentran imposibilitados o gravemente afectados en su giro comercial. Sostener lo contrario, colocaría al supuesto de fuerza mayor o falta de trabajo no imputable al empleador como una suerte de desuetudo o simplemente, un texto legal sin aplicación práctica ya que no cabe en este marco entender que la pandemia que nos envuelve puede ser entendida por el sector empresario como una oportunidad para evadir los riesgos inherentes a su carácter de emprendedor.

Insistimos, no se trata el presente análisis ni la realidad que se nos impone, como una oportunidad para tomar ventajas de unos por sobre otros, sino que debe ser asumida con la mayor responsabilidad y con el objetivo franco de obtener mecanismos que permitan el mayor grado de supervivencia de las relaciones de trabajo y mitigar el desempleo que ha de incrementarse en el mayor grado posible. Como nos explican los científicos y epidemiólogos en estos días, debemos actuar todos los sujetos que se vinculan con el mundo del trabajo, de modo mancomunado, en aplanar la curva de desocupación que sin lugar a dudas se generará. Debemos propender que el pico de desocupados sea el menor posible y que tal, se de lo más espaciado en el tiempo de modo de permitir al sector productivo y dador de trabajo el espacio para el sostenimiento de las fuentes de trabajo y la creación de nuevos empleos. Son sin dudas, tiempos de esfuerzos compartidos y donde nadie gana, sino que por el contrario todos tienen por perder.

(3) Concretamente la LCT en su art. 220 establece que el plazo máximo de las suspensiones fundadas en razones disciplinarias o debidas a falta o disminución de trabajo no imputables al empleador, no pueden exceder de treinta 30 días en un 1 año, contados a partir de la primera suspensión.

Por su parte, las suspensiones fundadas en razones disciplinarias deberán ajustarse a lo dispuesto por el juego armónico de los arts. 67 y 68 LCT puesto que allí se explica que el empleador, en todos los casos, deberá ejercitar las facultades que le están conferidas, 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.

(4) En lo que respecta al art. 221 LCT, cabe poner de manifiesto que el mismo atiende el supuesto de las suspensiones por fuerza mayor debidamente comprobadas, sujetando las mismas a un plazo máximo de hasta 75 días en el término de un 1 año, contado desde la primera suspensión cualquiera sea el motivo de esta. Es de señalar, que en este supuesto como al igual que en el correspondiente a la suspensión por falta o disminución de trabajo no imputable al empleador, deberá comenzarse por el personal con menor antigüedad dentro de cada categoría profesional y en caso de los ingresantes en un mismo semestre deberá optarse por el que cuente con menores cargas de familia aunque con ello se alterase el orden de antigüedad en el empleo. La violación de los plazos máximos de suspensión en cualquiera de los casos, habilitará al trabajador a considerarse en situación de despido indirecto mediante la denuncia del contrato de trabajo.

No puede pasarse por alto que de conformidad con las disposiciones emanadas del art. 223 LCT 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 la propia LCT cuando el empleador no observare las prescripciones de los arts. 218 a 221 sobre causas, plazo y notificación, siempre en el caso de sanciones disciplinarias.

(5) En nuestra opinión merece un especial análisis, en el complejo marco de situación que nos comprende, el supuesto del art. 223 Bis LCT por entender que sería una interesante herramienta para buscar mediante la misma una actitud responsable a ambos lados de la relación laboral.

Este supuesto que fue incorporado a la LCT mediante la reforma introducida en 1996 (art. 3, ley 24.700, B.O. 14/10/96) implanta que serán consideradas prestaciones 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, concluyendo que sólo tributará las contribuciones establecidas en las leyes 23.660 y 23.661 correspondiente de al régimen de obras sociales.

Lo interesante y de allí nuestro especial señalamiento es que este supuesto permite encontrar puntos de equilibrio en los esfuerzos compartidos. Ya no estamos ante la suspensión del trabajador y su pérdida de ingresos sino que estamos en una hipótesis que habilita a la suspensión a la vez que reconoce la posibilidad de que el dependiente continúe con una fuente de ingresos (a negociarse) en concepto de prestación no remunerativa –lo que implica la baja del costo laboral no salarial- siempre que se mantengan las contribuciones establecidas en las leyes 23.660 y 23.661. Además de ello, este instituto no presenta limitaciones temporales y los acuerdos entre trabajadores (o eventualmente sindicatos) y empleadores y la homologación del Ministerio de Trabajo conforman el plexo de contención social y seguridad jurídica que resulta imperioso lograr en estos difíciles tiempos.

De igual modo, cabe destacar que esta herramienta, bien puede resultar de utilidad para evitar despidos o al menos menguar su cantidad de modo de facilitar el sostenimiento de puestos de trabajo a la espera de la normalización de la actividad, giro empresario o coyuntura.

(6) Tratamiento diferenciado merece el supuesto de despido por fuerza mayor o falta o disminución de trabajo enmarcado en el art. 247 LCT para cuyo caso la ley establece que el trabajador tendrá derecho a percibir una indemnización equivalente a la mitad de la prevista en el art. 245 de la misma ley.

Si bien no emana de la ley, cierto es que la tradición jurisprudencial y doctrinaria son contestes en señalar que cabe para este supuesto, exigir al empleador que invoque esta solución la tramitación previa del procedimiento preventivo de crisis ya analizado y detallado en la ley 24.013 por cuanto se trata de una medida de última instancia y que debiera ser adoptada cuando ya se hubieren agotado todos los medios y mecanismos disponibles para superar la crisis. No obstante ello, resulta interesante e insoslayable dejar en claro que la tramitación del procedimiento preventivo de crisis no es más que un requisito necesario para este escenario, pero en modo alguno resulta suficiente puesto que ulteriormente y ante las acciones judiciales que pudieran promoverse a razón del pago disminuido de indemnizaciones, será en el ámbito jurisdiccional en donde se definirá su la alegación empresaria ha tenido o no la entidad, potencia y ajenidad invocada.

Sentado ello, en esta hipótesis la decisión d despedir deberá comenzar por el personal menos antiguo dentro de cada especialidad y 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.

(c) A modo de corolario:


Hemos anticipado a lo largo de este ensayo que no es momento de oportunismos ni de buscar ventajas, que es oportuno dejar en suspenso—de modo momentáneo- la concepción tradicional que nos han inculcado respecto del criterio de la contraposición de intereses y capacidad de negociación entre dependiente y principal, entre trabajador y empresario. El hoy requiere de medidas ajustadas a la realidad, a la altura de las circunstancias y desde donde el mañana permitirá juzgar con autoridad a quienes hayan obrado con grandeza o con mezquindad.

En el convencimiento de que no será posible superar esto sin empresarios ni trabajadores, debemos convencernos de que no se trata de los unos o los otros sino de los unos y los otros por lo que la realidad nos obliga a todos los individuos que conforman las relaciones laborales a mostrar grandeza, entereza, capacidad de pensar en la superación conjunta y demostrar que somos capaces de dejar de lado las ambiciones personales y/o sectoriales.

Se valoran los gestos nobles y plausibles aunque debemos comprender que más se valorarán las actitudes positivas que nos rencuentren en negociaciones francas sostenidas de buena fe y con un horizonte común. Insistimos, no existe la más mínima posibilidad de concebir a un trabajador sin un empleador, no hay quien trabaje sin un dador de trabajo y ello resulta un desafío a afrontar.

En nuestra opinión, la pandemia motivada en el COVID-19 debiera ser admitida como un supuesto de fuerza mayor debidamente comprobada para los casos no exceptuados en las normas dictadas en el marco de la emergencia sanitaria y que se encuentran imposibilitados o gravemente afectados en su giro comercial y en tal sentido la herramienta disponible a través del procedimiento preventivo de crisis (en su caso) y el art. 223 bis de la LCT pueden ser útiles instrumentos para capear la tormenta.

Deben adecuarse en un futuro las normas laborales pétreas a la realidad del mundo del trabajo, en donde el dinamismo y la vertiginosidad es parte ineludible de este tipo de vínculos. El streaming, las video conferencias, las redes privadas virtuales (VPN), el home office no son herramientas del mañana ni diseñadas para altos ejecutivos. El hoy las puso de relieve y está claro que se han expandido a categorías de trabajadores que hasta hace poco tiempo siquiera sospechábamos. Nos quedará por delante un estudio a conciencia en relación a nuestro cuerpo de normas laborales y su necesidad de adecuación a la realidad y a los nuevos tiempos. Tal vez, la rigidez de algunas disposiciones han sido elementos determinantes y de suma utilidad en otros tiempos, aunque tal vez (y es una duda recurrente) puedan ser mejoradas en un futuro en pos de la vigencia y desarrollo del Derecho del Trabajo.



Juan Manuel Lorenzo