

Una posible forma de encarar la infección COVID-19 desde la Ley sobre Riesgos del Trabajo.

Miguel Angel Maza.

I. El dilema del COVID-19 y la Ley sobre Riesgos del Trabajo.

La pandemia del virus COVID-19 ha puesto en jaque a nuestro país y el peligro de infectarse, de enfermar y hasta de morir ronda en todos los planos de la vida de sus habitantes.

Y en ese dramático escenario el Derecho, como siempre, corre tras de los hechos y juega su trascendente papel como ordenador de la sociedad, y así lo prueba la copiosa normativa que, desde principios de marzo de este año 2020, viene dictando el Poder Ejecutivo Nacional con normas de todo tipo y jerarquía.

Y mientras cumplimos el Aislamiento Preventivo Social Obligatorio (APSO) dispuesto por Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) 297/2020, la complejidad de las normas dictadas en estas febriles (nunca mejor usada esta expresión) semanas y lo excepcional de la situación generan en el plano del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social diversas dudas, problemas y dilemáticas reflexiones.

Una de las consultas más reiterada en este momento refiere a la posibilidad de encuadrar una infección del COVID-19 en el régimen de Riesgos del Trabajo y esta duda aqueja a las personas que trabajan en estos momentos en establecimientos con actividades esenciales o en la vía pública desarrollando servicios esenciales y que se encuentran dramáticamente expuestas a la posibilidad de contagio, así como preocupa también a sus empleadores y a las aseguradoras de Riesgos del Trabajo.

II. Las normas en juego.

Es oportuno recordar que la ley 24.557 prevé 3 vías de ingreso a la cobertura de este régimen:

- a) contingencias provenientes de un accidente de trabajo, en sus 3 hipótesis (¹),
- b) contingencias que se expresan en una enfermedad calificada de antemano como “profesional” por el propio sistema jurídico, es decir por medio del decreto 658/1996 y sus dos modificatorias, y

¹ Hecho súbito y violento ocurrido por la ejecución del trabajo, en ocasión del trabajo o en el itinerario desde el domicilio de la persona que trabaja al lugar de desempeño y su retorno.

c) cuando, mediante un procedimiento administrativo o judicial ⁽²⁾ especial, se demuestre que la enfermedad ha sido provocada por causa directa e inmediata de la ejecución del trabajo, excluyendo la influencia de los factores atribuibles al trabajador o ajenos al trabajo.

Muchas veces la doctrina ha señalado que esa ley fue mezquina cuando, en el apartado 1 del art. 6 optó, por primera vez en la historia de las leyes especiales en esta materia, por definir el accidente como un hecho súbito y violento. Siempre, desde la ley 9688 dictada en 1915, se había preferido dejar que fuesen las autoridades competentes quienes calificasen un hecho como accidente de trabajo.

El legislador de 1995 introdujo sendos calificativos -súbito y violento- para limitar el concepto y restringir los casos cubiertos, más preocupado al parecer por hacer más previsible y, por ende, financieramente viable el sistema que por dar cobertura a la mayor cantidad de contingencias posible, como proponen los principios propios de la Seguridad Social ⁽³⁾.

Esa mezquindad hace hoy casi imposible considerar el contagio del virus en el lugar de trabajo como secuela de un hecho súbito y violento, salvo el excepcional supuesto en que se demostrase que la infección se produjo en el empleo por el estornudo o la tos de otra persona y en la medida que se le juzgue a esas dos explosiones fisiológicas como violentas.

También criticó la doctrina que la cobertura legal especial limitara, en materia de enfermedades, la operatividad del régimen a aquellas que el PEN incluyera en un listado cerrado y sumamente estático ⁽⁴⁾, poniendo el acento en la falta de dinamismo de ese listado que, publicado en 1996 mediante el decreto 658/1996, sólo recibió 2 reformas, la primera, módica, por el decreto 1167/2003 para incluir las infecciones de Chagas y Hantavirus, y la última mediante el decreto 49/2014 cuando se incorporaron las várices, las hernias musculares y las espondilo artrosis generalizadas.

Por razones de orden cronológico, la infección que motiva estas reflexiones no pudo siquiera ser contemplada como hipótesis cuando se redactó aquel listado de Enfermedades Profesionales ni tampoco en ocasión de las dos reformas recién señaladas.

² De acuerdo a la doctrina nacida de la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Castillo, Angel Santos c/ Cerámica Alberdi SA” de fecha 7/9/2004, el legislador nacional carece de atribuciones para legislar en materia de distribución de competencias. En el caso bajo comentario, fueron un decreto de necesidad y urgencia (1278/2000) y un decreto reglamentario (410/2001) los que pusieron en cabeza de las Comisiones Médicas locales la recepción y tramitación de estos procedimientos, invadiendo las facultades no delegadas por las Provincias. En base a tal jurisprudencia, este pedido excepcional puede ser planteado ante la Justicia local competente según las normas procesales provinciales.

³ Y esta es una de las varias pruebas de que, contrariamente a lo que sostuvieron los autores del régimen en la década de los años 90 y una minoría bienintencionada de la doctrina, el de la ley 24.55 no es un subsistema de Seguridad Social sino un régimen de responsabilidad patronal con aseguramiento obligatorio y desplazamiento ope legis de esa responsabilidad (ver art. 1 decreto 334/1996).

⁴ La redacción original del art. 6 apartado 2º de la LRT decía expresamente que las enfermedades no previstas en ese listado “en ningún caso serán consideradas resarcibles”. Afortunadamente, el DNU 1278/2000 modificó el apartado 2 del art. 6 y creó la tercera vía de ingreso a la cobertura antes comentada como nacida del inciso b) de dicha norma.

Por ende, tal como lo señalara muy recientemente el profesor Mario E. Ackerman⁽⁵⁾, aun cuando se invocara que una persona ha sido contagiada con el virus COVID-19 en su lugar de trabajo y en razón del riesgo de sus tareas esenciales, la ya señalada restrictividad de la definición contenida en el apartado 1 del art. 6 de la Ley sobre Riesgos del Trabajo torna nada factible acudir al concepto de accidente de trabajo para reclamar, por la persona trabajadora o por su empleador, la cobertura de dicho régimen legal.

Por lo dicho, también es indiscutible que esta infección, a diferencia de las que provocan las infecciones de Hantavirus y Chagas, no califica al menos hoy como Enfermedad Profesional ya que no se encuentra en el Listado del decreto 658/1996 y sus modificatorios.

Queda, pues, un único camino viable: el de la vía excepcional antes descripta.

Es que, como fue anticipado, la reforma que en diciembre del año 2000 introdujo el DNU 1278/2000 en la redacción del apartado 2 del art. 6 de la ley 24.557 rompió, afortunadamente, ese estatismo medieval de la redacción original del régimen, al permitir la invocación de un vínculo causal directo e inmediato entre una enfermedad y el empleo.

Es decir que si una persona que trabaja considera que ha sido contagiada con el virus COVID-19 en el lugar de desempeño, sea por el ejercicio mismo de su labor o en ocasión de éste, solamente podría intentar, a sus instancias o ante la solicitud de su empleador, la cobertura de la ley por la vía administrativa o judicial⁽⁶⁾ que hoy prevé el art. 6, apartado 2, inciso b) de la ley 24.557, norma que dice así:

“Serán igualmente consideradas enfermedades profesionales aquellas otras que, en cada caso concreto, la Comisión Médica Central determine como provocadas por causa directa e inmediata de la ejecución del trabajo, excluyendo la influencia de los factores atribuibles al trabajador o ajenos al trabajo.

A los efectos de la determinación de la existencia de estas contingencias, deberán cumplirse las siguientes condiciones:

i) El trabajador o sus derechohabientes deberán iniciar el trámite mediante una petición fundada, presentada ante la Comisión Médica Jurisdiccional, orientada a demostrar la concurrencia de los agentes de riesgos, exposición, cuadros clínicos y actividades con eficiencia causal directa respecto de su dolencia.

ii) La Comisión Médica Jurisdiccional sustanciará la petición con la audiencia del o de los interesados así como del empleador y la ART; garantizando el debido proceso, producirá las medidas de prueba necesarias y emitirá resolución debidamente fundada en peritajes de rigor científico.

⁵ Ver el comentario que formuló especialmente para la AADTySS titulado “El Coronavirus abre un debate en el núcleo duro del sistema de la LRT”.

⁶ De acuerdo a la ya reseñada doctrina del caso “Castillo, Angel Santos c/ Cerámica Alberdi SA”.

En ningún caso se reconocerá el carácter de enfermedad profesional a la que sea consecuencia inmediata, o mediata previsible, de factores ajenos al trabajo o atribuibles al trabajador, tales como la predisposición o labilidad a contraer determinada dolencia.

II. Una propuesta coyuntural.

En rigor, el dilema de la cobertura es, por ahora, más conceptual que concreto ya que, en virtud de la profusa normativa generada por el PEN ante la situación de emergencia sanitaria, la atención asistencial primaria está asumida por la Salud Pública, lo que, por otra parte, constituye una decisión política acertada para centralizar el estudio y evolución de los casos con criterio epidemiológico y sanitarista.

Empero, la importancia de examinar el posible encuadramiento de la infección de COVID-19 en la ley 24.557 puede emerger a mediano plazo si personal dependiente (público o privado, ya que dicha ley se refiere a dependientes de ambos tipos) que enfermó quedare con alguna incapacidad permanente, parcial o absoluta, o muriese, pues entonces dicho personal o sus derechohabientes tendrían la posibilidad de pedir las indemnizaciones de los arts. 14 y 15 LRT y 3 de la ley 26.773.

También la cuestión podría tornarse relevante si los empleadores comprendidos hoy en las actividades esenciales ⁽⁷⁾ y, luego de culminada el APSO, en cualquier otra, pretendiesen librarse del pago de las sumas de dinero que, con carácter salarial en el primer caso y como no remuneratoria en el segundo ⁽⁸⁾ debieron asumir por las normas de la emergencia, argumentando que las licencias que eventualmente correspondieran a su personal enfermo por contagio de COVID-19, pasados los primeros 10 días, deban ser asumidas por su ART.

En tal situación, el precedentemente mencionado camino del reclamo individual y casuístico ante las Comisiones Médicas locales, indiscutiblemente válido, no luce apropiado para dar respuesta oportuna a una grave situación como la que nuestro país en concreto está sufriendo y que, muy probablemente, en los próximos meses pueda arrojar un número importante de casos de personas afectadas a servicios esenciales que resulten afectadas en relación a sus tareas durante el Aislamiento Preventivo Social Obligatorio.

En mi opinión, una salida alternativa para resolver el dilema podría ser que el PEN, a través del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social promueva que se expida con urgencia el Comité Permanente de los arts. 6 apartado 2 inciso a) y 40 de la ley 24.557 y, con su opinión técnica, incluir la infección por COVID-19 como Enfermedad Profesional en el contexto epidemiológico que corresponde, como se hizo en el texto

⁷ El art. 6 del DNU 297/2020 exige de la APSO a las personas afectadas a las actividades y servicios declarados esenciales en la emergencia, entre otros, el personal de salud; las personas que deban asistir a otras con discapacidad, a familiares que necesitan asistencia, a personas mayores, niños y adolescentes; las afectadas a la realización de servicios funerarios, atención de comedores escolares, comunitarios y merenderos; el personal que se desempeña en servicios de comunicación audiovisual, radial y gráfico; el personal afectado a la obra pública, a supermercados mayoristas y minoristas, a comercios minoristas de proximidad, a farmacias, ferreterías, veterinarias y provisión de garrafas, a las industrias de alimentación, su cadena productiva e insumos, de higiene personal y limpieza, de equipamiento médico, medicamentos, vacunas y otros insumos sanitarios, y a actividades vinculadas con la producción, distribución y comercialización agropecuaria y de pesca etc.

⁸ Conf. art. 8 del DNU 297/2020 y art. 1º de la Res. MTEySS 219/2020.

original del decreto 658/1996 para diversas infecciones, incluso algunas virósicas ⁽⁹⁾ y como procediera el decreto 1167/2003 para las infecciones por Hantavirus y Trypanosoma Cruzi (Chagas) ⁽¹⁰⁾.

Por la naturaleza del sistema de seguros que instaura la ley 24.557 ⁽¹¹⁾, no sería constitucional ni racionalmente válido imponer a las ARTs la cobertura de una contingencia que no fue tomada en consideración para fijar las primas ni para evaluar el riesgo.

Propongo, pues, que el PEN, tras declarar por decreto la infección por COVID-19 como Enfermedad Profesional en las condiciones de causalidad que se determinen, disponga por DNU, en el marco de la emergencia de la ley 27.541 en general y del DNU 297/2020 en particular, que la cobertura de esta contingencia sea financiada por las aseguradoras con cargo al Fondo Fiduciario de Enfermedades Profesionales del decreto 590/1996 exclusivamente por el plazo de 12 meses a contar desde el inicio del APSO ⁽¹²⁾.

⁹ En el texto original del decreto 658/1996 fue considerada Enfermedad Profesional para los contagiados del Virus Amarillo (Fiebre Amarilla) en orden a los trabajadores trasladados por razones laborales a zonas endémicas de Argentina (Formosa); para el contagio con el Arbovirus-Arenavirus y la Fiebre Hemorrágica Argentina se consideró factor causal la labor rural y la pertenencia a equipos de salud en contacto con enfermos portadores del virus. En el caso del Citomegalovirus, se admitió para equipos de salud, secundario a heridas punzo-cortantes con material contaminado. En cuanto al Virus de la inmunodeficiencia humana HIV, se consideró a los trabajadores del equipo de salud que tienen contacto con la sangre y otros fluidos orgánicos contaminados de portadores y/o enfermos y personal de limpieza que maneja los materiales de desecho contaminados. En relación con el virus del Herpes Simple, se consideró expuestos a los trabajadores de la salud, especialmente expuestos a secreciones bucales.

¹⁰ En 2014, el recién mencionado decreto 1107/2003 se hizo cargo de la dificultosa técnica para vincular causalmente infecciones con empleo. Así, para considerar Enfermedad Profesional la enfermedad de Chagas por el agente Trypanosoma Cruzi tuvo en cuenta como factor causal el desempeño de trabajadores rurales que vivan en viviendas provistas por el empleador dentro del predio del establecimiento, y cuyo examen pre-ocupacional diagnostique la reacción para investigación de Chagas Mazza negativo; el personal de laboratorio y cirujanos por infección accidental en laboratorios médicos: por manipulación de vinchucas y animales infectados, cultivos de T. Cruzi o material biológico proveniente de e enfermos graves o de animales infectados; y los trabajadores que realizan la desinfección de vinchuca.

De similar modo, para reconocer como Enfermedad Profesional la infección por Hantavirus, se mencionan la actividad agropecuaria: agricultor, quintero, galponero, criador de animales, desmalezador, hachero; las actividades en las cuales se registren criterios de ruralidad: maestros rurales, gendarmes, guardaparques; las actividades profesionales expuestas a riesgo: veterinarios, médicos y personal de la salud de nosocomios, personal de laboratorios y bioterios; las actividades urbanas: mantenimiento de edificios, trabajadores de garages, plomeros y reparadores de cañerías de calefacción, changuarines y cartoneros.

¹¹ Que, como antes apunté, es un seguro de responsabilidad patronal, con la característica de ser obligatorio, pero es un seguro al fin y al cabo.

¹² Es oportuno memorar aquí que el art. 13 del DNU 1278/2000 modificó el viejo Fondo para Fines Específicos del decreto N° 590/97, cuyo art. 1° ahora dispone: “Fondo Fiduciario de Enfermedades Profesionales. Créase un fondo consolidado provisional que se denominará FONDO FIDUCIARIO DE ENFERMEDADES PROFESIONALES que deberán administrar las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo, conforme lo establezca la reglamentación, y que servirá como herramienta para asistir al correcto funcionamiento del sistema de prestaciones previsto en la Ley N° 24.557.”.