

céfiro

ZÉPHYROS

**REVISTA DE
ECONOMÍA Y GESTIÓN**

**AÑO 7 NÚMERO 5
PRIMAVERA 2020**

ISSN (impresa) 2408-4638
ISSN (digital) 2422-7692

Comentario sobre los principales efectos jurídicos de la pandemia COVID-19 en el contrato de trabajo

Mariana B. Pucciarello¹

1. Introducción

Es ya un lugar común señalar que la pandemia ha tenido importantes efectos sobre las relaciones laborales, sin embargo sería difícil comenzar una referencia sobre el tema de otro modo dada la intensidad de su impacto no sólo en este ámbito sino en todos los aspectos de nuestra vida. Actividades escolares, académicas y deportivas, vida familiar, relaciones sociales en general, asistencia a eventos culturales, actividades de cuidado de niños y enfermos, viajes de placer y de negocios y muchos otros espacios de nuestra realidad vital se han visto afectados de distintas formas. El mundo del trabajo no ha sido una excepción.

Se trata en esta acotada reseña de señalar los principales efectos jurídicos que la situación de pandemia COVID-19 ha proyectado sobre las relaciones individuales y colectivas del trabajo, sin pretensión de exhaustividad ni de considerar consolidada ninguna situación, dado el dinamismo que la enfermedad va imponiendo a los distintos ámbitos de la vida humana. En los acápites siguientes se tratará de sintetizar algunos de sus efectos más notorios así como también se mencionarán las modalidades laborales “novedosas” que se han incrementado aun cuando no es claro su encuadre jurídico.

Antes de abordar estos efectos es necesario destacar que no obstante la imprevisible y novedosa realidad que la pandemia impuso, muchos de ellos han sido encauzados dentro de los márgenes del Derecho del Trabajo, el cual ha resultado ser una disciplina imprescindible para abordar situaciones que, de otro modo, habrían derivado rápidamente en un factor de total incertidumbre y desprotección de colectivos laborales vulnerables. Una vez más, el “vetusto” y “anacrónico” Derecho del Trabajo ha venido a reafirmar su carácter de herramienta indispensable al servicio de la tutela de derechos fundamentales y, en definitiva, de la paz social.

¹ Docente UNM. Abogada UBA y Doctora en Derecho UCLM, España. Correo electrónico: mbpush@hotmail.com

Para finalizar esta introducción, cabe señalar que la necesidad de modificar aspectos sustanciales de las actividades laborales fue advertida desde el inicio de la pandemia, fundamentalmente en orden a la necesidad de evitar la aglomeración de personas en los lugares de trabajo, el contacto personal y la afluencia de personas en el transporte público de pasajeros.

2. Breve reseña de las normas dictadas en relación con las actividades laborales

Desde el 6 de marzo de este año el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación dictó normas que afectaron directamente el desenvolvimiento de los contratos de trabajo de miles de trabajadores, teniendo como propósito el evitar la aglomeración de personas en lugares cerrados y con ello la propagación del COVID-19 sobre cuya elevada contagiosidad ya no existían dudas. Las primeras normas apuntaban a otorgar licencias especiales a los trabajadores que hubieran ingresado al país provenientes del exterior. Esas licencias eran voluntarias para los trabajadores (Resolución MTESS 178/20). A los pocos días, la licencia se extendió a las personas que por recomendación médica debieran permanecer aisladas o en cuarentena. En esta situación se incluyó a trabajadores considerados “no dependientes” (tales como los que prestan tareas bajo la forma contractual de la locación de servicios en el sector público regulada por el Decreto 1109/17 y análogos del sector privado, a los becarios, a los pasantes y a los residentes médicos y también se aludía a trabajadores con pluriempleo y de los múltiples receptores de servicios -situación que parecería referirse a los trabajadores autónomos con una pluralidad de contratos, Resolución MTESS 184/20). Luego el Jefe de Gabinete de Ministros dictó la Decisión Administrativa 317/20 por medio de la cual otorgó una licencia especial a todo el personal que preste servicios en el Sector Público Nacional (cualquiera fuere la modalidad contractual de vinculación) que hubieran regresado de viaje de lugares considerados riesgosos a nivel sanitario (países asiáticos, europeos y Estados Unidos de Norteamérica) por el plazo de 14 días. Todas estas suspensiones preveían el goce íntegro de las remuneraciones.

El 12/3/20 se recurre a otro tipo de norma -que posee un mayor alcance y certeza dada su naturaleza legislativa- en atención a la creciente gravedad de la enfermedad en curso en todo el mundo. Se dicta en ese momento el Decreto de Necesidad y Urgencia 260/20 por el que se dispone el aislamiento no ya voluntario sino obligatorio de un universo de personas consideradas como “casos sospechosos” de portar la enfermedad (vgr. quienes presentaran fiebre y uno o más síntomas respiratorios y que además hubieran viajado en los últimos días a “zonas afectadas” hubieran tenido contacto con casos confirmados o “probables” de COVID-19), quienes tuvieran confirmación médica de haber contraído el COVID-19, los “contactos estrechos” de las personas precedentemente mencionadas, quienes arribaran al país habiendo transitado por “zonas afectadas”, quienes ya hubieran arribado al país en los 14 días previos, habiendo transitado por “zonas afectadas”). El DNU no mencionó nada respecto de la remuneración pero habilitó al MTEySS a establecer las condiciones de trabajo y licencias del personal afectado por la obligatoriedad de mantener el aislamiento.

El 13/3/20 se dicta la Resolución MTEySS 202/20 (que deroga las anteriores 178 y 184) y establece un nuevo esquema para el tratamiento de las situaciones laborales afectadas (dependientes y no dependientes). Se dispone una suspensión de asistencia al trabajo (que no es técnicamente una suspensión en los términos del artículo 218 y sgtes. LCT, que regula las suspensiones por causas económicas y disciplinarias) a la que se denomina como “dispensa del deber de asistencia” al trabajo. Esa dispensa no se extiende a la obligación de prestar tareas, siempre que esto sea posible. Se trata entonces de una figura híbrida, relacionada con la suspensión y con el ius variandi (artículo 66 LCT),

dado que se dispensa de concurrir al lugar de trabajo pero en realidad se modifica ese lugar por razones de interés público. El Derecho del Trabajo también posee otro formato, fuera del articulado de la LCT, que es el trabajo a domicilio dentro de cuyos márgenes podría ser encuadrada la nueva modalidad laboral. El trabajo a domicilio está regulado por una ley anterior a la LCT y recientemente ha sido remozado con la adopción del Convenio 177 de la OIT que se considera un antecedente de la regulación del teletrabajo. Aunque cabe señalar que se trataría de un trabajo a domicilio sui generis porque en este caso no existiría habitualidad sino excepcionalidad generada por la situación de pandemia. Esta dispensa del deber de asistencia al establecimiento fue dispuesta sin plazo máximo y con previsión de pago de la remuneración. Nada se dijo respecto de las tareas que no pudieran ser prestadas en forma remota.

El 16/3/20 el MTEySS amplió el universo de personas dispensadas de asistir al lugar de trabajo por el plazo de 14 días y con goce íntegro de sus remuneraciones, con el objetivo de bajar la afluencia de personas en el transporte público de pasajeros. En la Resolución 207/20 de esa fecha incluyó en ese universo a las personas mayores de 60 años –salvo que fueran personal esencial–, embarazadas y los incluidos en grupos de riesgo por la autoridad sanitaria nacional². Esta resolución introdujo como novedad la posibilidad de “justificar inasistencias” por todo el período que dure la suspensión de la actividad escolar para las personas cuya presencia en el hogar resulte indispensable para el cuidado de niños o adolescentes siempre que se trata de los progenitores o persona a cargo y se concederá sólo a una de las personas por hogar. Para ello se requirió la obligatoriedad de comunicar la circunstancia al empleador y de acreditarla fehacientemente.

El 19/3/20, ante el agravamiento de la pandemia, el PEN dictó el DNU 297/20 en el que se dispuso un aislamiento social, preventivo y obligatorio (ASPO), una prohibición de circular y de reunión, disposiciones de carácter general y obligatorio, cuyo incumplimiento acarrea sanciones penales. También se dispuso la prohibición de apertura de comercios, de asistir a los lugares de trabajo y de desplazamiento, con excepción de los pequeños traslados necesarios para el aprovisionamiento de productos indispensables para la vida. De la prohibición de desplazamiento y asistencia a los lugares de trabajo quedaron exceptuadas las personas cuyas actividades se calificaron de esenciales en la emergencia³, con la consiguiente obligatoriedad de respeto de normas de protección

2 Conforme la Resolución 627/20 del Ministerio de Salud de la Nación, dictada posteriormente, se incluye en ese grupo a: 1) Personas con enfermedades respiratorias crónicas: hernia diafragmática, enfermedad pulmonar obstructiva crónica [EPOC], enfisema congénito, displasia broncopulmonar, traqueoesofágicos crónicos, bronquiectasias, fibrosis quística y asma moderado o severo; 2) Enfermedades cardíacas: insuficiencia cardíaca, enfermedad coronaria, reemplazo valvular, valvulopatías y cardiopatías congénitas; 3) Personas diabéticas; 4) Personas con insuficiencia renal crónica en diálisis o con expectativas de ingresar en diálisis en los siguientes seis meses; 5) Personas con inmunodeficiencias: congénita, asplenia funcional o analémica (incluida anemia drepanocítica) y desnutrición grave, VIH dependiendo del status, personas con medicación inmunosupresora o corticoides en altas dosis; 6) Pacientes oncológicos y trasplantados: con enfermedad oncohematológica hasta 6 meses posteriores a la remisión completa, con tumor de órgano sólido en tratamiento, trasplantados de órganos sólidos o de precursores hematopoyéticos; 7) Personas con certificado único de discapacidad.

3 Personal de salud, Fuerzas de seguridad, Fuerzas Armadas, actividad migratoria, bomberos; autoridades superiores gubernativas y trabajadores del sector público convocados para garantizar actividades esenciales; o de servicios de justicia de turno; diplomáticos; o quienes deban asistir a personas con discapacidad, o a familiares que requieran asistencia o personas mayores, o menores; quienes deban atender una fuerza mayor; personas afectadas a servicios funerarios –prohibiéndose empero allí reuniones de personas–; o a la atención de comedores escolares, comunitarios; quienes se desempeñan en servicios de comunicación audiovisual, radial y gráfico; personas afectadas a obra pública; supermercados y comercios minoristas de proximidad, farmacias, ferreterías, etc.; industrias de alimentación y su cadena productiva e insumos, lo mismo que de higiene personal y limpieza, o de equipamiento médico, medicamentos, vacunas, otros insumos sanitarios; actividades vinculadas con la producción, distribución y comercialización agropecuaria y de pesca; o de telecomunicaciones, internet, etc.; actividades impostergables vinculadas con comercio exterior; recolección y transporte de residuos; mantenimiento de servicios básicos (agua, electricidad, etc); transporte público de pasajeros de mercaderías, petróleo, combustibles, GLP; reparto domiciliario de alimentos, medicamentos, limpieza, insumos de necesidad; servicios de lavandería, postales, distribución de paquetería; servicios esenciales de vigilancia, limpieza y guardia; 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 generadoras de energía eléctrica; Casa de Moneda, servicios de cajeros automáticos, transporte de caudales y actividades que el BCRA disponga imprescindibles para el funcionamiento del sistema de pagos, etc.

sanitaria para todas ellas por parte del empleador. El DNU estableció asimismo que durante el período afectado a estas prohibiciones los trabajadores debían recibir su remuneración íntegra.

El 20/3/20 el MTEySS dictó la Resolución 219/20. En ella se reiteró la dispensa de asistir a los lugares de trabajo sin perjuicio de poner la fuerza laboral al servicio del empleador e incluyó en ese universo a las personas antes excluidas por la Resolución MTEySS 207/20, es decir a mayores de 60 años, embarazadas y grupos de riesgo. Quienes pudieran acordar la realización de tareas de forma remota, percibirían la remuneración habitual. Quienes no pudieran hacerlo, percibirían una suma no remuneratoria. Respecto del personal esencial, la resolución habilitó a reorganizar la jornada laboral a fin de garantizar la continuidad de realización de las actividades consideradas esenciales y estableció que serían considerada como un ejercicio razonable de las facultades del empleador.

El 30/3/20 esa norma fue sustituida por la Resolución 279/20 MTEySS. La nueva norma reiteró la dispensa de asistencia al lugar de trabajo por parte de los trabajadores alcanzados por el ASPO (dependientes y no dependientes) y también reiteró la posibilidad de acordar la realización de tareas de forma remota en las mismas tareas u otras que permitieren la implementación de esa modalidad, pero no reprodujo la diferencia en cuanto al tratamiento de la remuneración (habitual en un caso y sumas no remunerativas en otro). También reproduce la tipificación del personal esencial que había hecho la Resolución 207/20 MTEySS⁴, la posibilidad de reorganizar la jornada y la obligatoriedad de realizar horas extraordinarias. En cuanto a la remuneración, aclara que en caso de no poder prestarse no será liquidada como vacaciones, días de descanso o feriados -salvo los previstos legal o contractualmente- (lo cual parecería excluir plus o suplementos pactados colectivamente). La nueva resolución no reprodujo la obligación del empleador de entregar la certificación necesaria para presentar en los controles policiales de los trabajadores que debieran continuar con sus tareas.

El 31/3/20 el PEN dictó el DNU 329/20 que estableció dos prohibiciones: la de realizar despidos sin justa causa o fundados en falta o disminución de trabajo o fuerza mayor y la de disponer suspensiones fundadas en falta o disminución de trabajo o fuerza mayor. Sin embargo, la norma parecería exceptuar las suspensiones pactadas en el marco del artículo 223 bis de la LCT (suspensiones pactadas individual o colectivamente a cambio de sumas no remunerativas que requieren homologación). También continúa vigente la obligación de abonar con doble indemnización a los despidos incausados.

Desde ese momento, las normas se han ido prorrogando hasta el día de la fecha⁵. Las únicas modificaciones que se han introducido se relacionan con la habilitación para la reanudación de actividades, siempre con obligación de respetar normas de prevención de contagio de la enfermedad. En efecto, para el otorgamiento de esas autorizaciones las empresas deben presentar protocolos de prevención y garantizar el transporte de los trabajadores, dado que únicamente están autorizados al uso del transporte público los trabajadores considerados esenciales.

4 La Resolución Administrativa 468/20 amplió las actividades exceptuadas del ASPO, al igual que la 490/20.

5 El último decreto que prorrogó el ASPO y estableció el DISPO para algunas zonas del país es el DNU 605/20 de fecha 18-7-20.

3. Efectos de la normativa COVID-19 sobre los contratos laborales

- Categorización de trabajadores en función de su carácter de obligados o exceptuados del ASPO⁶: Se generaron dos grandes categorías de trabajadores en función del deber de cumplimiento del aislamiento. Por un lado están quienes deben cumplirlo y por otro, quienes no. En este último grupo es posible distinguir dos subgrupos en según se cuente o no con la autorización para el uso del transporte público de pasajeros de colectivos, trenes y subtes. Los trabajadores considerados esenciales son quienes pueden hacer uso de dicho transporte, mientras que los simplemente exceptuados son quienes podrán prestar tareas siempre que el empleador garantice el traslado de los trabajadores sin el uso del transporte público en los mencionados medios.
- Suspensión de asistencia a los lugares de trabajo: Como se dijo en el punto anterior, los trabajadores “no esenciales ni exceptuados” se encuentran relevados de asistir físicamente a sus empleos. Sin embargo, no están relevados de prestar tareas. Por ello, quienes puedan trabajar de manera remota deberán hacerlo habilitándose de este modo el teletrabajo. Los que no puedan prestar tareas de forma remota podrán ser encuadrados en la previsión del artículo 223 bis de la Ley de Contrato de Trabajo (LCT)⁷. Con el objeto de consensuar medidas que contribuyeran al sostenimiento del trabajo y la producción, el 27 de abril de 2020 se celebró una reunión tripartita integrada por la Confederación General del Trabajo, la Unión industrial Argentina y el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación, del que surgió un acuerdo tendiente a contemplar la situación de las diferentes situaciones en las que las medidas dictadas por la pandemia afectaban a los trabajadores. Principalmente se dispuso que quienes no pudieran prestar sus servicios habituales serían encuadrados en el artículo 223 bis LCT o en las instituciones análogas previstas por la ley 22.250 o las convenciones colectivas. Para estos casos se prevé que la remuneración a percibir no podría ser inferior al 75% del salario neto y que sobre el mismo serían realizados únicamente los pagos de cuotas sindicales y los derivados de las leyes 23.660 y 23.661 (de obras sociales y seguro nacional de salud). Los acuerdos así celebrados deberían ser homologados por el MTEySS de forma automática, mientras que los que no respetaran estas condiciones serían examinados por la autoridad administrativa en función de la situación del sector o de la empresa. El acuerdo no incluye en su ámbito de aplicación a los trabajadores que prestaren tareas de forma remota o a los que laborar por pertenecer a algún grupo de riesgo. Si bien se pactó que la vigencia del acuerdo fuere a partir del 1º de abril y por 60 días, esta situación está prorrogada por la permanencia de la pandemia.
- Facultad de modificar la jornada de trabajo y obligatoriedad de realizar horas extraordinarias (Resolución 279/20 MTEySS, art. 4). Esta facultad modifica lo dispuesto por el artículo 66 LCT y se relaciona con la previsión del artículo 203 LCT.

6 A la excepción de cumplir con el ASPO frecuentemente se le asigna alguna connotación positiva como el disfrute de algún tipo de beneficio para el grupo exceptuado, lo cual constituye una incorrecta comprensión del régimen puesto que si bien se los considera como prioritarios -lo cual es una valoración social positiva en algún aspecto- ello los expone a un mayor riesgo de contagio que el resto. A ello se une que muchas de las actividades consideradas como esenciales (y por ende las que de ninguna forma pueden realizar el ASPO) se encuentran en la parte más baja de la pirámide salarial. A esta altura ya es claro que esta categoría de trabajadores se ha transformado en un ícono de la escasa justicia con la que en los últimos decenios se distribuye la riqueza en nuestra sociedad, en especial mediante la variable salarial. Si a ello sumamos que en muchas ocasiones -particularmente los trabajadores de la salud- han recibido ataques por ser considerados peligrosos para los vecindarios donde habitan, no es difícil concluir que además de repartir injustamente la riqueza, nuestra sociedad presenta patologías complicadas.

7 El artículo 223 bis LCT contempla la posibilidad de considerar prestaciones no remunerativas a las asignaciones en dinero que se entreguen en compensación por suspensiones de la prestación laboral y que se fundaren en las causas de falta o disminución de trabajo, no imputables al empleador, o fuerza mayor debidamente comprobada, pactadas individual 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 prestación laboral a su cargo. En este caso sólo tributará las contribuciones de obra social y seguro nacional de salud establecidas en las leyes 23.660 y 23.661.

Prohibición de despidos sin justa causa y por causas de fuerza mayor y falta o disminución de trabajo (DNU 329/20, 487/20 y 624/20, que fueron prorrogando esa prohibición por 60 días cada uno, siendo la última –por el momento– hasta el 30-9-20). Los únicos despidos posibles son los que cuenten con justa causa.

- Presunción de contrataciones a plazo (Resolución 279/20 MTEySS, art. 5): mientras dure el ASPO la contratación de personal deberá considerarse realizada en los términos del artículo 99 LCT, es decir deberán considerarse como trabajadores eventuales⁸. La duración de esta norma se relaciona con la duración del aislamiento. Esta disposición modifica lo dispuesto por el artículo 90 LCT que establece el principio de indeterminación del plazo para los contratos de trabajo, principio que sólo admite las excepciones de plazo determinado para lo cual deben ser celebrados dentro de actividades que así lo consientan y que hayan sido formalizados por escrito y con expresa mención de la duración del plazo.
- Habilitación de trabajo en forma remota. La Resolución 202/20 MTEySS ya había dispuesto que el personal incluido en el ASPO que pudiera prestar tareas desde su lugar de aislamiento percibiría la remuneración íntegra. La norma preveía que, dentro del marco de la buena fe contractual, deberían fijarse las condiciones de prestación de la tarea en modalidad remota. La Resolución 219/20 MTEySS reprodujo esta disposición.
- Suspensión de elecciones sindicales. La Resolución 238/20 MTEySS estableció la prohibición de realizar procesos electorales, asambleas y/o congresos ordinarios y extraordinarios así como todo tipo de acto que implique movilización, traslado o aglomeración de personas, en todas las asociaciones sindicales en todas las entidades inscriptas en los registros de ese ministerio. La resolución fue prorrogada y la dictada en último término fue la número 489/20, que prohibió los procesos electorales hasta el 30 de septiembre y extendió los mandatos de los cuerpos directivos, deliberativos y de fiscalización por 180 días. Estas disposiciones modifican lo previsto por los artículos 17 y 19 de la ley 23.551 respecto de los plazos allí establecidos.

4. ¿Trabajadores esenciales son los que desempeñan “actividades o servicios esenciales” a fin de limitar el derecho de huelga?

En todas estas normas se hacen reiteradas menciones a “actividades o servicios esenciales” y a “personal esencial”, lo que motiva la pregunta acerca de la relación –si la hay– entre estos conceptos y el de “servicios esenciales” a los efectos de recortar el ejercicio del derecho de huelga.

En la Argentina, las únicas restricciones de carácter sustancial o de fondo al ejercicio del derecho de huelga –garantizado en el segundo párrafo del artículo 14 bis de la Constitución Nacional (CN)– se relacionan con la interrupción de actividades calificadas expresamente por la ley como servicios esenciales. Esas limitaciones surgen del art. 24 de la Ley 25.877 y de la Ley 27.161. El art. 24 de la Ley 25.877 enumera como servicios esenciales “*los servicios sanitarios y hospitalarios, la producción y distribución de agua potable, energía eléctrica y gas y el control del tráfico aéreo.*”

⁸ El trabajo eventual es el que se ejerce bajo la actividad de un empleador para la satisfacción de resultados concretos, tenidos en vista por éste, en relación a servicios extraordinarios determinados de anlemano o exigencias extraordinarias y transitorias de la empresa, cuando no pueda preverse un plazo cierto para su finalización. Además incluye los vínculos que comienzan y terminan con la realización de la obra, la ejecución del acto o la prestación del servicio para la que fue contratado el trabajador. La prueba de esta modalidad contractual recae en el empleador.

Se trata de una enumeración que –en principio– es taxativa. La única posibilidad de ampliar esta lista de actividades es mediante el procedimiento de conciliación obligatoria previsto por la ley 14.786 y merced a la intervención de la Comisión de Garantías creada por el Decreto 272/20069, circunstancia prevista para casos concretos y con carácter excepcional.

La mención de “trabajadores esenciales” en toda la normativa dictada a raíz del COVID 19 tiene por objeto exceptuarlos del ASPO, mientras que los “servicios esenciales” previstos en la ley 25.877 apuntan a que en caso de que se disponga una medida de acción directa que involucre a esos servicios deberá garantizarse la prestación de servicios mínimos para evitar su paralización. Es cierto que ambas situaciones guardan cierta similitud en cuanto a determinar la asistencia al trabajo de ciertos trabajadores (unos por estar exceptuados del ASPO y otros por prestar un servicio mínimo que impida la interrupción del servicio) mas no creemos que ambas situaciones puedan ser asimiladas por un motivo muy concreto: su régimen legal es diferente, así como las situaciones que contemplan.

Para el caso de que alguna de las actividades previstas por el artículo 6 del DNU 297/2020 quisiera ser calificada como servicio esencial en los términos de la ley 25.877 habría que seguir el procedimiento allí indicado, atento que durante la vigencia del estado de emergencia derivado de la pandemia en curso las garantías constitucionales se encuentran plenamente vigentes. El derecho de huelga no sólo cuenta con consagración constitucional (art. 14 bis CN) sino que también constituye un derecho fundamental en los términos de la Organización internacional del Trabajo (OIT), que lo regula en el Convenio N° 87 y lo califica como derecho fundamental en la “Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales del trabajo y su seguimiento” de 1998¹⁰.

5. Impacto de la pandemia diferenciado por género

Recientemente el Fondo de Población de Naciones Unidas publicó un informe en el que se señala que la pandemia afecta de manera diferente a las personas según su género y que empeoran las condiciones desventajosas en las que se encuentran mujeres y niñas.

El informe destaca que atento a que globalmente el 70% del personal del sector social y sanitario es femenino, “se deberá prestar especial atención a cómo su entorno de trabajo puede exponerles a la discriminación, así como a su salud sexual y reproductiva y sus necesidades psicosociales como trabajadoras sanitarias de primera línea”¹¹.

Además de preverse la provisión de elementos femeninos de primera necesidad dentro de los equipos de protección personal, como productos de higiene menstrual, el informe señala los distintos ámbitos que deben ser reforzados:

9 Esta Comisión tiene la facultad de establecer en qué casos las medidas de acción directa afectan a un servicio esencial y puede extender la enumeración legal en el caso específico que se somete a su consideración, así como asesorar a la autoridad de aplicación para fijar los servicios necesarios cuando los acordados fueren insuficientes y en general sobre las cuestiones relacionadas con el tema sobre las que se les solicite opinión. Está Integrada por 5 miembros de reconocida solvencia técnica, profesional y académica en materia de relaciones laborales, de derecho laboral o de derecho constitucional que posean destacada trayectoria. Son designados por el Poder Ejecutivo Nacional a propuesta de las organizaciones de trabajadores y de empleadores, de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y del Consejo Interuniversitario Nacional.

10 Aunque, para matizar el punto, también es cierto que en situaciones de crisis aguda el Comité de Libertad Sindical de la OIT admite la prohibición de la huelga. En este punto, como es obvio, el rol que juegue el Estado en la tutela de los distintos derechos en juego es determinante. La diferencia seguramente tendrá que ver con la orientación de los gobiernos.

11 <https://www.un.org/es/coronavirus/articles/igualdad-genero-covid-19>

aseguramiento de los servicios dedicados a víctimas de violencia doméstica, reconocimiento de la labor asistencial y de cuidado (con posibilidad de tomar licencia paga por imposibilidad de asistir al trabajo a fin de cumplir con las tareas de cuidado de niños y personas mayores o enfermas), incluir diversidad sexual en los organismos encargados de tomar decisiones durante la pandemia y apoyar el reparto igualitario de la carga de cuidado y tareas domésticas en el ámbito del hogar.

6. Regulación del teletrabajo

La posibilidad de prestar tareas desde el lugar de aislamiento que prevén los decretos dictados a raíz de la pandemia incrementó el uso de esta modalidad laboral que, si bien ya existía, no era mayoritaria. Actualmente, por el contrario, ha permitido la continuidad de numerosas actividades que de otro modo se hubieran visto muy disminuidas o paralizadas.

En esa situación, el sector sindical alertó sobre la necesidad de contar con una regulación específica que contuviera posibles abusos del sector empleador, en particular respecto de la extensión de la jornada y del derecho a “desconectarse” durante las pausas. Por ello se elaboró un proyecto que recibió sanción recientemente, que no regirá durante la pandemia sino a partir de los 90 días desde que ésta finalice.

La ley establece la plena vigencia de los mismos derechos y obligaciones que rigen en la modalidad laboral presencial y, en particular, la igualdad de remuneraciones. Se establece que la jornada deberá ser acordada por escrito y que fuera de la misma existe derecho a la desconexión así como durante los períodos de licencia. Se contempla expresamente los casos de personas que tengan a su cargo el cuidado de menores, enfermos o adultos mayores, a favor de los cuales se prevé que tendrán derecho a una jornada compatible con dichas tareas y a interrumpir la jornada. En cuanto a las herramientas de trabajo, deberán ser provistas por el empleador (así como también los gastos por mayor conectividad y la capacitación en nuevas tecnologías) y su cuidado estará a cargo del trabajador. Se busca también proteger los derechos sindicales de quienes trabajen con esta modalidad y la seguridad e higiene laboral.

En el evento organizado recientemente por esta Universidad Nacional de Moreno sobre “Trabajo y pandemia”¹² los investigadores Laura Henry y Julio César Neffa coincidieron en alertar sobre los riesgos psicosociales¹³ de esta modalidad laboral, aun reconociendo que también existen ciertas ventajas para ambas partes contratantes¹⁴.

12 <https://www.youtube.com/watch?v=i-5mxW0vY>

13 Laura Henry señaló, entre otras cosas, que esta modalidad presenta algunos problemas específicos que deben ser atendidos como la dificultad para efectuar pausas y momentos de descanso, además de la falta de contactos personales de referencia y de contactos informales que pueden generar aislamiento o inseguridad.

14 Julio César Neffa, destacó que existen algunas ventajas para ambas partes del contrato de trabajo. Para los empleadores, permite la baja de los costos en energía y alquileres, reducir el personal, aumentar la productividad por la extensión de la jornada al evitarse el tiempo de transporte, bajo ausentismo lo cual elimina las primas por presentismo y la transición hacia contratos por tiempo determinado y régimen de monotributo. Para los trabajadores puede decirse que les otorga mayor libertad, disminuye costo y tiempo de transporte, facilita la coordinación de trabajo y vida familiar, permite la inserción de los más jóvenes quienes se sienten identificados con el trabajo que incorpora mayor tecnología y se evitan contactos laborales indeseables. Sin embargo, también alertó sobre los inconvenientes de la ausencia de comunicación presencial, la inseguridad que generan la falta de vínculos personales y los problemas de conectividad, así como los problemas de salud específicos y la dificultad de gozar plenamente de los derechos sindicales.

7. Regulación de las modalidad de trabajo mediante plataformas

A principios del mes de marzo de este año, los medios periodísticos anunciaban que el Ministerio de Trabajo ya contaba con un proyecto de regulación de las plataformas digitales que proveen el servicio de entrega de mercaderías a domicilio¹⁵ elaborado por un grupo de laboristas asesor del Ministro. El proyecto no incluía a los trabajadores dentro del ámbito de aplicación de la LCT sino que creaba una regulación propia, circunstancia adjudicada por los autores a la modalidad de la actividad y a la libertad de la que goza el trabajador¹⁶, motivo por el que recibió cuestionamientos fundados en que -de hecho- brindaba inferior cobertura a los trabajadores en materia de indemnización por despido, licencia por enfermedad y jornada de trabajo entre otros.

La irrupción de la pandemia ese mismo mes incluyó a estos trabajadores dentro del grupo de los esenciales¹⁷ y también incrementó el uso de estas aplicaciones de manera exponencial (se estima un 400% de aumento al mes de mayo¹⁸). Esta circunstancia unida a la cantidad de trabajadores que se desempeñan en el sector -que superarían los 60.000¹⁹- y al nivel de riesgo al que están expuestos hace muy necesaria la regularización de estos trabajadores con la totalidad de los derechos laborales que rigen actualmente.

El actual gobierno de España también está buscando regular esta actividad, y si bien -al igual que en aquí- existe jurisprudencia en el sentido de considerarlos trabajadores en relación de dependencia y también contraria a esta postura, el proyecto oficial los considera trabajadores dependientes. La inspección del Trabajo de ese país los considera del mismo modo y ya ha labrado actas de infracción a las empresas por estimar que los *riders* son “falsos autónomos”.

8. A modo de cierre

El moderno Derecho del Trabajo se enfrenta en este momento con dos fenómenos que ponen en duda su eficacia y atentan contra su aplicación uniforme: la fragmentación que tiene que ver con la desintegración de la empresa en figuras encadenadas que impiden responsabilizarla como sujeto y la segmentación, en función de la estabilidad en el empleo o su carencia, lo cual genera precarización²⁰.

Por otra parte el trabajo sólo es tomado como un costo, se olvida su capacidad estructurante de ciudadanía y se lo va vaciando de los derechos que están constitucionalizados. Se exige la deconstrucción del Derecho del Trabajo, al que se presenta como un obstáculo del progreso. Se subordina totalmente el contenido del Derecho del Trabajo a la tecnología y esto impotencia a los actores sociales: empleadores, sindicatos y Estado que parecen no tener suficiente capacidad de respuesta frente al fenómeno.

15 <https://www.ambito.com/politica/aplicaciones/inminente-regulacion-ley-del-trabajo-dicidiales-n5086533>

16 Sobre la realidad de la labor que prestan los trabajadores de estas aplicaciones, puede verse la crónica periodística publicada por la Revista Anfibia, <http://revistaanfibia.com/cronica/capitalismo-traccion-sanore/>

17 DNU 297/20, artículo 6 inciso 19.

18 <https://chequeado.com/el-explicador/envios-a-domicilio-cuanto-crecio-la-actividad-que-reclaman-los-repartidores-y-que-hicieron-las-empresas/>

19 <https://www.pagina12.com.ar/280231-nos-delaron-sin-normas-laborales-de-seguridad-y-de-higiene>

20 En el citado evento sobre “Trabajo y pandemia” organizado por la UNM, el economista David Trajtemberg realizó una ilustrativa descripción del estado de la economía argentina y del mercado de trabajo al momento de inicio de la pandemia, así como de las herramientas financieras que el Estado Nacional dispuso para enfrentar la crisis.

La crisis generada por la pandemia COVID-19 es una buena oportunidad para relanzar la centralidad del trabajo y de los hombres y las mujeres que trabajan²¹. Esta oportunidad debería de ser global debido a que la crisis es global. Ya hemos visto que el trabajo no se termina como se preveía en la década de los '90, pero lo que sí puede terminarse o reducirse es el trabajo con derechos.

Esta crisis no es nueva. Sabemos que la finalización de la segunda guerra mundial y la derrota de los fascismos hizo resurgir el modelo democrático que permitió recuperar algunos de los elementos más avanzados del constitucionalismo social y democrático de la primera posguerra. Este modelo permitió que las fuerzas capitalistas aceptaran distribuir parte de los excedentes obtenidos a través de políticas fiscales razonables y un cierto nivel de derechos sociales y se comprometieran a aceptar la existencia de libertades sindicales y políticas sociales amplias. A cambio de ello, las fuerzas del trabajo se comprometían a moderar la conflictividad y a respetar la propiedad privada de los medios de producción y de intercambio. Así hemos visto el desarrollo de un derecho del trabajo que limitó parte de los poderes de la empresa capitalista y garantizar a una parte importante de la población un cierto nivel de seguridad material que desde el punto de vista histórico era totalmente nuevo. Estos modelos fueron aceptados en constituciones y tratados internacionales.

Por el contrario, en la actualidad existe un proceso de *desconstitucionalización* como señala Luigi Ferrajoli²², que incluso aparece respaldado por el voto de mayorías populares. Para la conjura de este proceso el mismo autor propone un compromiso de pedagogía cívica dirigido a dar nuevamente valor a los fundamentos del constitucionalismo democrático: adecuado sistema electoral, revitalización de las instituciones representativas, acceso a la información, defensa de los umbrales de ciudadanía (que a nivel laboral son muchos: jornada limitada, vacaciones pagas, derecho a la salud en el lugar de trabajo, protección contra los accidentes y enfermedades laborales y no laborales, prohibición de discriminación, derechos colectivos, en definitiva trato digno). Del éxito de esta pedagogía dependerá el poder reencauzar la acción de los actores sociales y los poderes públicos en la defensa del bienestar de las grandes mayorías.

21 Está visto que muchos de los trabajos considerados esenciales son los que están en la base de la pirámide salarial e incluso están precarizados, por lo que distan mucho de esta pretendida centralidad. Y no sólo en estos casos.

22 FERRAJOLI, LUIGI; Poderes salvajes. *La crisis de la democracia constitucional*, Trotta, Madrid, 2011, págs. 21/22.