TÍTULO : ES EL COVID 19 UNA ENFERMEDAD PROFESIONAL EN EL SISTEMA DE RIESGOS DEL TRABAJO ARGENTINO? QUÉ POTENCIALIDAD TIENE PARA SERLO?

FECHA: 27 de marzo de 2020.

AUTOR. Clarisa de Arce. *

I- Introducción. II.-Estado actual de la cuestión normativa. III. El COVID 19 como enfermedad sistémica o su potencialidad para serlo. IV. Procedimiento. V. Otros sistemas de responsabilidad para el abordaje de la reparación . VI. Conclusión.

"Sólo comprendemos aquellas preguntas que podemos responder'.

Friedrich Wilhelm Nietzsche.

I- Introducción.

El mundo enfrenta profundas encrucijadas en virtud de la Pandemia que lo azota.

El hombre, su derecho a la vida y a la salud vs. la economía de mercado, es el debate global.

El totalitarismo de la vigilancia estatal vs. las libertades individuales. (1)

El aislamiento vs. la integración y la cooperación. (2)

Este sencillo artículo no intentará responder esas preguntas ni otras de enorme complejidad, sin embargo, no es posible obviar que el mundo jurídico debe ser analizado en su triple dimensión, normativa, sociológica y dikelógica. (3)

Las predicciones de los organismos gubernamentales sobre los escenarios de contagio previstos para la República Argentina oscilan desde 250.000 a 2.000.000 de enfermos que deberán ser cubiertos por el sistema de salud (4). En este contexto, una enorme mayoría de los contagiados -indudablemente- serán trabajadores en relación de dependencia. Ello nos coloca, como operadores jurídicos, frente a "un supuesto vacío legal" (5) a la hora de calificar al coronavirus como enfermedad profesional en el sistema de riesgos del trabajo. Trataré de presentar lo más ordenadamente mis argumentos y conclusiones para responder a ello y a sus elementos circundantes de trascendencia.

II. Estado actual de la cuestión normativa.

Hasta la fecha, las autoridades del sector gubernamental y asegurador no se han manifestado en ningún sentido y es de sospechar su silencio o su respuesta por la negativa atento a que en

la encrucijada entre la salud del trabajador y la rentabilidad del sistema se vienen inclinando sistemáticamente por la última opción.

Los elevados costos de salud que trae aparejada la pandemia imperante son de público y notorio, fundamentalmente por la velocidad de contagio de la enfermedad que ha logrado colapsar sistemas sanitarios de varios países líderes del mundo.

Pese a ello, la finalidad principal de todo el Derecho del Trabajo tiene a la protección del ser humano como eje, con especial énfasis en el cuidado de la salud y la vida de las personas.

No deberíamos permitir más regresiones en este sentido.

"A los fines de simplificar, que es lo que se viene planteando, se deben determinar las tres patas de apoyo del sistema, ninguna de las cuales puede faltar sin que se derrumbe: 1. la persona que trabaja tiene derecho al cuidado de su vida y de su salud mediante una prevención eficaz de los accidentes y enfermedades del trabajo; 2. si esto fracasa y sufre un daño en su salud, también tiene derecho a una reparación plena / justa / integral; 3.si la respuesta no es inmediata, tiene derecho a reclamar ante un juez natural (del trabajo). Estos tres son derechos humanos básicos y fundamentales que surgen del BCF, que han sido receptados por la CSJN y, además, se encuentran en distintas normas infraconstitucionales que deben complementarse en un verdadero «diálogo de fuentes» ; por lo tanto, ninguna norma o decisión de ninguno de los tres poderes del Estado puede pretender arrebatar a la persona que trabaja estos DD. HH. marcando un retroceso, vulnerando un principio arquitectónico del DIDH, el de progresividad . Según mi opinión, la importancia jurídica fundamental en materia de accidentes y enfermedades del trabajo se centra en estos tres DD. HH. del BCF, que son los que chocan con la intención de las empresas, fundamentalmente las ART, de obtener la mayor ganancia posible, y por eso siempre buscan limitarlos." (6).

Habiendo aclarado los tres DD.HH que orientan la cuestión, continuaré el descenso en la pirámide normativa para recordar cuales son las"contingencias cubiertas" por la LRT.

El artículo 6 de la Ley citada en su actual redacción no aporta el concepto de enfermedad profesional pero establece en el inc. 2 a) que " Se consideran enfermedades profesionales aquellas que se encuentran incluidas en el listado que elaborará y revisará el Poder Ejecutivo, conforme al procedimiento del artículo 40 apartado 3 de esta ley. El listado identificará agente de riesgo, cuadros clínicos, exposición y actividades en capacidad de determinar la enfermedad profesional…."

El "Listado" se plasma en el Baremo establecido por el Decreto 658/96, 659/96, 590/97, 49/2014 y sus modificaciones. Obviamente, el SARS-CoV2 que ocasiona la enfermedad COVID 19 no está incluido en el Listado, por tratarse de una enfermedad de reciente aparición a nivel mundial. Por lo cual, prima facie, no es una enfermedad sistémica que nos abra automáticamente la puerta al sistema de responsabilidad objetiva y reparación tarifada de nuestro régimen. Este aspecto acarrea una serie de dificultades independientes y en paralelo al de la prestación dineraria reparadora que pueda reclamarse en el futuro. Aquí, la primer problemática a discutir será sobre el carácter de la licencia por enfermedad del trabajador , culpable o inculpable -diferente régimen legal, sujeto principal obligado al pago, plazos y modalidades de percepción de los

“haberes” -absolutamente disímiles- . En segundo lugar, sin que ello implique menor trascendencia, la disputa sobre quién se hará cargo de las prestaciones en especie (tratamiento médico, medicamentos, traslados, etc) . Estas respuestas caen al vacío haciendo un profundo eco y deberían ser objeto de urgente respuesta por las autoridades. Los trabajadores se están enfermando hoy, frente a la anomia boba -y no tan boba- de unos cuantos.

Intentando extrapolar soluciones del Derecho, evaluar la procedencia de una medida autosatisfactiva (7) aparece como opción, habida cuenta de que pese a la jerarquía normativa del Derecho a la Salud del Trabajador, la concreción de estos valores de los DD.HH encuentra innumerables dificultades prácticas.

En el reciente derecho comparado, se advierte que España ha considerado el COVID 19 como enfermedad profesional (8) y en Uruguay se encuentran legislando en el mismo sentido, con toda celeridad. (9).

Claramente, la inclusión del coronavirus como enfermedad profesional es la posición que más favorece no solo al trabajador sino a ambas partes en el contrato de trabajo, por lo que las representaciones colectivas de ambos sectores hoy deberían unirse con el propósito común de lograr la inclusión de la flamante pandemia en el correspondiente Listado.

III. El covid como enfermedad sistémica o su potencialidad para serlo.

Los embates constitucionales que ha tenido la Ley de riesgos del trabajo han logrado el quiebre o apertura de su sistema cerrado originariamente instaurado por el art.6 ya mencionado, en especial, a posteriori del fallo clásico “Silva c/Unilever” de la CSJN. (10).

Cabe repasar que la redacción inicial del art 6 de la LRT mencionaba que las enfermedades no incluidas en el listado como sus consecuencias en ningún caso serían consideradas resarcibles. Ello atentaba contra el derecho de daños y proyectaba varios efectos perjudiciales: expulsaba del sistema tutelar específico a muchísimas dolencias que podían tener origen o desarrollo causal con el trabajo y colocaba a los empleadores como únicos responsables de cubrir las afecciones extra sistémicas sin posibilidad de contratar seguro de responsabilidad civil

En este contexto, previo al fallo Silva, el DNU 1278/2000 modificó el art. 6º y otorgó la posibilidad de incluir casuísticamente como enfermedad profesional la que en cada caso específico la Comisión Médica determine como provocada por causa directa e inmediata de la ejecución del trabajo, excluyendo la influencia de factores atribuibles al trabajador o ajenos al trabajo. La norma hace hincapié en que el trabajador debe demostrar la concurrencia de los agentes de riesgos, exposición, cuadros clínicos y actividades con eficiencia causal directa respecto de su dolencia.

Llegado este punto medular voy a mencionar algunos de los agentes de riesgos que aparecen en el Listado de Triple columna de la LRT: VIRUS DE LA HEPATITIS A, B y C, BACILLUS ANTHRACIS (Carbunclo), : MYCOBACTERIUM TUBERCULOSIS, LEPTOSPIRA (LEPTOSPIROSIS), CLAMYDIA PSITTACI (PSITACOSIS), HISTOPLASMA CAPSULATUM (HISTOPLASMOSIS), CESTODES; Equinococus Granulosus, Equinococus Multioculares (HIDATIDOSIS), PLASMODIUM

(PALUDISMO), LEISHMANIA DONOVANI CHAGASI (LEISHMANIASIS), VIRUS AMARILICOS (FIEBRE AMARILLA), ARBOVIRUS -ARENAVIRUS- VIRUS JUNIN (FIEBRE HEMORRAGICA ARGENTINA), CITOMEGALOVIRUS, VIRUS DE LA INMUNODEFICIENCIA HUMANA (VIH), VIRUS DEL HERPES SIMPLE, CANDIDA ALBICANS, HANTAVIRUS (Estas últimas son enfermedades incorporadas por art. 1° del Decreto N° 1167/2003 B.O. 3/12/2003) TRYPANOSOMA CRUZI, entre otros.

Todos estos son virus, bacterias y microorganismos diversos a los que se exponen las distintas categorías de trabajadores mencionadas en el Listado al entrar en contacto con personas o animales enfermos, sus cadáveres o sus desechos, productos patológicos provenientes de personas enfermas o con productos contaminados por ellos. Va de suyo que nos referimos a trabajadores de las áreas de sanidad, de laboratorios, de limpieza, transporte, del campo, de seguridad, maestros, y demás, que se ven expuestos a los agentes de riesgos mencionados. En mérito a la brevedad, me remito a la lectura del Listado que resulta visualmente más accesible.

Pues bien, los coronavirus son una extensa familia de virus que pueden causar enfermedades tanto en animales como en humanos. En los humanos, se sabe que varios coronavirus causan infecciones respiratorias que pueden ir desde el resfriado común hasta enfermedades más graves como el síndrome respiratorio de Oriente Medio (MERS) y el síndrome respiratorio agudo severo (SRAS). El coronavirus que se ha descubierto más recientemente causa la enfermedad por coronavirus COVID-19. Eran desconocidos antes de que estallara el brote en Wuhan (China) en diciembre de 2019.

Los síntomas más comunes de la COVID-19 son fiebre, cansancio y tos seca, su tasa de recuperación favorable es de alrededor del 80% y el resto desarrolla una enfermedad grave y tiene dificultad para respirar. Las personas mayores y las que padecen afecciones médicas subyacentes, como hipertensión arterial, problemas cardiacos o diabetes, tienen más probabilidades de desarrollar una enfermedad grave. En torno al 2% de las personas que han contraído la enfermedad han muerto. En cuanto al contagio, una persona puede contraer la COVID-19 por contacto con otra que esté infectada por el virus. La enfermedad puede propagarse de persona a persona a través de las gotículas procedentes de la nariz o la boca que salen despedidas cuando una persona infectada tose o exhala. Estas gotículas caen sobre los objetos y superficies que rodean a la persona, de modo que otras personas pueden contraer la COVID-19 si tocan estos objetos o superficies y luego se tocan los ojos, la nariz o la boca. También pueden contagiarse si inhalan las gotículas que haya esparcido una persona con COVID-19 al toser o exhalar. Por eso es importante mantenerse a más de 1 metro (3 pies) de distancia de una persona que se encuentre enferma. Puede contagiarse de personas asintomáticas o con síntomas muy leves. El riesgo de contraer la COVID-19 por contacto con las heces de una persona infectada parece ser bajo pero aún está en análisis. (11).

Como vemos, no hay ninguna diferencia entre el contagio que puede tener un trabajador expuesto a cualquiera de los virus, bacterias u hongos de la Lista actual, respecto del contagio del SARS causante del coronavirus, salvo la facilidad y velocidad en su propagación que lo ha convertido en pandemia.

Es altamente factible que la sobre exposición al riesgo que están teniendo los trabajadores exceptuados del aislamiento social preventivo y obligatorio previsto en el DECNU 297/202 y posterior Decisión Administrativa del Jefe de Gabinete 429/2020 (12) produzca contagios

masivos, por más recaudos que se tomen para la prevención. No es por nada este virus ha sido llamado por los líderes del mundo como “el enemigo invisible”.

Siguiendo la lógica del Listado, agentes de riesgos, actividades que generan exposición y enfermedades, la situación del COVID 19 es idéntica a la de cualquiera de los otros virus, bacterias y microorganismos actualmente en Lista: el personal de sanidad se contagia por atender pacientes afectados de coronavirus, el de limpieza, seguridad y transporte por estar en contacto con personas o productos contaminados, el de comercio minorista por entrar en contacto con mayor cantidad de personas y bienes (ej. Billetes y tarjetas de crédito) que quienes han podido aislarse en la emergencia.

Todos estos trabajadores son los que le han puesto el cuerpo a la batalla contra él virus y, cuando se establezca que el contagio ha sido en época de aislamiento obligatorio, la enfermedad a su respecto deberá ser considerada profesional.

Debe considerarse de manera automática la exclusión de los factores atribuibles al trabajador, toda vez que los trabajadores con factores de riesgo fueron exceptuados de prestar tareas por las normativas de la emergencia. En aquellos que debieron prestar tareas aún con factores de riesgo a cuestas, mayor será la responsabilidad para otorgarles cobertura.

Vuelta a la normalidad, sería razonable que la cobertura se limite a los trabajadores de marcada exposición al virus como el personal de salud, limpieza y traslado de desechos patológicos, cadáveres y servicios conexos.

Por otra parte, no puedo dejar de mencionar que el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo (OIT) ha aprobado una nueva lista de enfermedades profesionales el 25 de marzo de 2010 ratificada por la Ley 26.693 y por la Ley 26.694 .

La nueva lista incorporada por los nuevos convenios de la OIT y protocolos incluye una serie de enfermedades profesionales reconocidas internacionalmente, desde las causadas por agentes químicos, físicos y biológicos hasta aquellas de origen respiratorio y de la piel, trastornos del sistema osteomuscular y cáncer profesional. Por primera vez, se han incluido de manera específica en la lista de la OIT los trastornos mentales y del comportamientos: alerta, las consecuencias psíquicas en enfermos de coronavirus y en los trabajadores general no pueden ser desestimadas. En las secciones de la lista, se incluyen -además- puntos abiertos, que permiten el reconocimiento del origen profesional de enfermedades que no figuran en la lista, siempre y cuando se haya establecido un vínculo entre la exposición a los factores de riesgo que resulte de la actividad laboral y las enfermedades contraídas por el trabajador.

Los criterios utilizados por los expertos para decidir qué enfermedades han de ser consideradas en la lista actualizada incluyen: que exista una relación causal entre la enfermedad y un agente; una exposición o un proceso de trabajo específico; que la enfermedad ocurra en relación con el ambiente de trabajo y / o en ocupaciones específicas; que la enfermedad tenga lugar entre grupos de trabajadores afectados con una frecuencia que excede de la incidencia media en el resto de la población, y que haya evidencia científica de un patrón bien definido de la enfermedad, tras la exposición y verosimilitud de la causa (12 bis) . Todos estos criterios se cumplen en la enfermedad que aquí nos ocupa conforme se puede cotejar de la información

disponible hasta el momento, la que si bien no está aún sistematizada,puede leerse en los medios de comunicación a diario. (12 ter)

Desde otro punto de vista, la incipiente pandemia aún no ha proporcionado estadísticas públicas en relación a las variables que posibilitarían aportar más precisión a este análisis. No soslayo que para la ciencia estadística "correlación no es causalidad" y que aun cuando la correlación entre las variables sea muy fuerte no significa que una de ellas sea la causa de la otra. Sin embargo, para nuestro sistema de riesgos basado en la responsabilidad objetiva deben ser suficientes criterios de inclusión los basados en la sobre exposición del trabajador al agente de riesgo en función de sus condiciones ámbito laborales.

Por ello y a modo de síntesis de este acápite, sostengo que el covid 19 debe ser considerado enfermedad profesional para todos los trabajadores exceptuados del aislamiento obligatorios por el periodo que en definitiva esta situación se mantenga y para los trabajadores de sanidad y servicios conexos de manera permanente.

Entonces, actualmente no es considerada una enfermedad sistémica pero atento los criterios expuestos reúne todo los requisitos para serlo.

IV. Procedimiento para la inclusión del COVID 19 como Enfermedad Profesional.

El mecanismo a tales fines es el previsto en el Decreto 1278/00, modificatorio del art 6 inc 2 b de la Ley 24.557 escasamente utilizado hasta la nefasta aparición de las Comisiones Médicas de trámite previo obligatorio y excluyente post reforma de la Ley 27348 y que se halla reglamentado por el Decreto 410/01, que establece el trámite para que una Enfermedad no Listada pueda ser incluida como tal:

Allí se menciona: " 1. A los efectos del trámite previsto en los incisos b) y c) del apartado 2 del artículo 6° de la Ley N° 24.557, ante el rechazo formulado por la Aseguradora o el Empleador Autoasegurado, las Comisiones Médicas deberán valorar en primer término la Tabla de Evaluación de Incapacidades Laborales establecida por el Decreto N" 659/96… En caso de que las secuelas de dichas enfermedades no se encuentren encuadradas en la Tabla mencionada precedentemente … deberán ajustarse a las "Normas para la Evaluación, Calificación y Cuantificación del Grado de Invalidez de los Trabajadores Afiliados al Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones" dispuestas en el Decreto N° 478/98.

2. La petición fundada presentada ante la Comisión Médica Jurisdiccional por el trabajador o sus derechohabientes, a los efectos de la determinación de la existencia de una enfermedad profesional, deberá estar suscripta por un médico especialista en medicina del trabajo o medicina legal, y contener todos los elementos probatorios que permitan establecer que la patología denunciada es el resultado directo e inmediato de la exposición a los agentes de riesgo presentes en el trabajo respectivo.

3. Recibida la solicitud de intervención, la Comisión Médica Jurisdiccional fijará una audiencia dentro de los DIEZ (10) días siguientes, notificando fehacientemente al trabajador o sus derecho-

habientes, a la Aseguradora de Riesgos del Trabajo y al empleador con TRES (3) días de antelación el lugar, día y hora para su realización.

La notificación deberá contener los datos sustanciales que permitan determinar la circunstancia que motiva la intervención de la comisión médica, la identificación de la parte solicitante y del empleador, la intimación a presentar los antecedentes del caso que los nombrados en el párrafo precedente tengan en su poder, bajo apercibimiento de resolver la cuestión con los elementos existentes en el expediente.

4. La Resolución de la Comisión Médica Jurisdiccional deberá ser notificada a las partes y al empleador, dentro del plazo de CINCO (5) días de emitida.

5. En caso de que la Comisión Médica Jurisdiccional denegase la petición fundada, el trabajador o sus derechohabientes podrán interponer recurso de apelación por escrito, exclusivamente por ante la Comisión Médica Central, dentro del plazo de los DIEZ (10) días siguientes al de la notificación respectiva. En dicho supuesto, la Comisión Médica Jurisdiccional elevará las actuaciones a la Comisión Médica Central dentro de las SETENTA Y DOS (72) horas contadas desde el vencimiento del plazo para apelar.

6. A los efectos de que convalide o rectifique la resolución que encuadra una enfermedad en los presupuestos definidos en el artículo 6° apartado 2 inciso b) de la Ley N° 24.557, la Comisión Médica Jurisdiccional deberá requerir, en todos los casos, la intervención de la Comisión Médica Central dentro de las SETENTA Y DOS (72) horas contadas desde la emisión de aquélla.

7. En caso de convalidar el pronunciamiento de la Comisión Médica Jurisdiccional, la Comisión Médica Central establecerá el porcentaje de incapacidad del trabajador damnificado, siempre que entienda que dicha incapacidad es de tipo permanente, en los términos del apartado 1 del artículo 8° de la Ley N° 24.557, o haya transcurrido UN (1) año de la primera manifestación invalidante. Si la Comisión Médica Central entendiera que se trata de una incapacidad de tipo temporaria, quedará habilitado en el futuro el procedimiento regulado en los Capítulos II, III y IV del Decreto N° 717/96.

8. La SUPERINTENDENCIA DE RIESGOS DEL TRABAJO será la encargada de dictar las normas complementarias para el procedimiento establecido por el presente”

Para el caso de no contar con un resultado favorable, el trabajador deberá promover el acceso a la Justicia mediante las reglamentaciones dispuestas por el Acta 2669 CNAT en el ámbito de la Justicia Nacional del Trabajo, del art 2 inc J de la Nueva Ley Procesal de la Pcia. Bs.As. o por las modalidades correspondientes a cada una de las Provincias.

No soslayo que la Petición Fundada exigida para este trámite es un requisito cuya inconstitucionalidad he promovido y continuaré promoviendo (13) constituyendo en este caso una nueva y flagrante violación del acceso a la tutela judicial efectiva, que atenta contra el principio de gratuidad del trabajador al imponer trabas irritantes a un ser humano que con alta chance pueda estar internado y aislado y, por lógica consecuencia, se verá imposibilitado de iniciar un trámite de reconocimiento de enfermedad no listada puesto que no podrá ver o abonar honorarios a un médico legista para que le haga esta “pericia médica privada”. Difícilmente, un profesional de la salud externo tenga acceso a un trabajador aislado por COVID

19. Tal vez, esta penosa y extraordinaria situación sirva para hacer reflexionar al PEN y al Poder Judicial respecto de la inconveniencia de seguir manteniendo esta repudiable exigencia para poder iniciar el camino de reconocimiento de un derecho de la más alta jerarquía.

V. Otros sistemas de responsabilidad para el abordaje de la reparación.

Al margen de la reparación sistémica de la LRT, su estado actual y el trámite correspondiente para intentar su inclusión en el Listado en el caso concreto, subsisten:

a) el sistema del art. 75 LCT: consagra el llamado deber de "seguridad" -traducido como ausencia de daño o deber de "previsión", que importa la adopción de las medidas que según las tareas sean necesarias para tutelar la integridad psicofísica de los dependientes, cargando en alguna medida el riesgo al trabajador cuando el patrón argumente que hizo lo posible —pero ello no fue suficiente— para evitar el perjuicio. Así se ha dicho que en los términos del art. 75 de la LCT el empleador no se obliga a garantizar la salud del trabajador sino a emplear los medios que la ley exige para preservarla. (14). Ello trae como contrapartida la importantísima herramienta establecida por los artículos 1030 y 1031 del Código Civil y Comercial – que es la posibilidad de rehusar tareas si las mismas implican riesgos para su salud y su vida. Conjuntamente con la acción preventiva del daño, se trata de una interesante herramienta a considerar, tanto a nivel individual como colectiva. Vale decir, se reconoce el derecho a retener tareas sin pérdida de la remuneración, frente al peligro inminente de un daño, incumplimiento de la obligación por parte del empleador o falta de adopción de medidas en caso que sea insalubre. Herramientas muy importantes para el trabajador de la pandemia. La mayoría de la doctrina reconoce esta acción como una vía autónoma de responsabilidad. En relación a las obligaciones de prevención específicas de las ART's respecto al COVID 19, corresponde tener en cuenta las que surgen de la Resolución 29/2020 de la SRT, básicamente consistentes en asesoramiento sobre prevención, afiche con medidas de prevención en los ámbitos laborales y recomendaciones sobre la correcta utilización de los Elementos de Protección Personal (EPP), en el marco de la emergencia sanitaria producto de la pandemia del COVID-19.

Y b) la reparación integral de la totalidad de los daños y perjuicios ocasionados conforme normativa del derecho civil, otra de las vías habilitadas.

[En estos dos últimos supuestos, el trámite por la Comisión Médica es también obligatorio y previo y solo se podrán iniciar una vez recibida la notificación de agotamiento de la vía administrativa, o el vencimiento del plazo del trámite, en su defecto].

En los supuestos de acciones judiciales iniciadas por la vía del derecho civil se aplicará la legislación de fondo, de forma y los principios correspondientes al derecho civil con la consecuente dificultad de acreditar la trazabilidad de la relación causal en el contagio del "enemigo invisible".

El actual CCyCO ha receptado pacíficamente las doctrinas tradicionales elaboradas en torno el anterior art. 1113 del CC, y en especial la de la SCBA en el fallo Bogado J.J. Vs Toledo, del 18/7/15. A causa de ello, en el art. 1757 se encuentra actualmente legislada la responsabilidad por el daño causado por "las actividades riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios

empleados o por las circunstancias de su realización" estableciendo que en estas hipótesis la responsabilidad es objetiva y resulta legitimado pasivo "quien la realiza, se sirve u obtiene provecho de ella, por sí o por terceros, excepto lo dispuesto por la legislación especial" (art. 1758), lo que incide favorablemente en el Derecho del Trabajo.

"El carácter riesgoso de la actividad deviene de su peligrosidad intrínseca o de circunstancias extrínsecas, instrumentales, de persona, tiempo y lugar que la tornan peligrosa para terceros. Puede vincularse con su propia naturaleza, con los medios o elementos utilizados y con las metodologías empleadas para desplegar ciertas actividades, las cuales deben ser gobernadas por su titular". La valoración de las circunstancias —se añade— debe realizarse en abstracto y que constituye una noción jurídica abierta y flexible" (14 bis) .

Cabe ponderar que la prestación de tareas en medio de una pandemia es una actividad riesgosa por su naturaleza, con capacidad de daño intrínseca, por su propia naturaleza y por las circunstancias en las que se lleva a cabo (conforme la facilidad y velocidad de propagación de la enfermedad ya explicada).

Considero que la actividad laboral denominada "actividad esencial" en el marco de la "emergencia sanitaria" conlleva un peligro inmanente, máxime cuando aún falta más información de la comunidad científica sobre la enfermedad. Las actividades peligrosas 'por las circunstancias de su realización son aquellas en las que no obstante no revestir un peligro regular o constante (ej. La limpieza) las modalidades de tiempo, modo y lugar la tornan peligrosa (contexto de limpieza sanatorial o de lugares de afluencia de personas durante la pandemia) y en este orden de ideas, cabe accionar con sustento en el art. 1757 CCyCO .

Dos cuestiones que no quiero dejar de mencionar en relación con la prevención que me parecen fundamentales, y en cierta forma van de la mano, son las siguientes:1.°, quién debe probar en lo atinente a la prevención, y 2.°, qué sanciones se pueden aplicar para que los incumplidores modifiquen su conducta.

En lo que hace a la carga de la prueba y en relación con la prevención, pesa exclusivamente en cabeza de la ART y el empleador probar si existió una adecuada prevención y / o si el daño sufrido por la persona que trabaja no pudo ser evitado luego de tomar todas las medidas que pesaban sobre ellos en funciones de las características particulares de las personas, la actividad, el tiempo y el lugar. (Esto último bastante probable como defensa del empleador) . Esto es así por tratarse de una obligación de la que resultan los principales responsables en el caso concreto (cfr. LRT, art. 1735 del CCivCom, art. 9 de la RCT, art. 14 bis de la CN, entre otros) (15) Y, como la prueba misma de la relación causal en cuanto al origen del contagio de un virus puede llegar a ser "diabólica", si se prueba la actividad riesgosa en la que se desempeñó el trabajador y el menoscabo que presenta, aún cuando no se pueda conocer a ciencia cierta cuál fue la causa del daño, ello no debiera ser un obstáculo para que conforme los elementos de convicción aportados y las circunstancias del caso se pueda tener por acreditada la relación causal, habida cuenta de que frente a su dificultosa o imposible demostración, cabe morigerar las exigencias probatorias.

VI. Conclusión.

Para terminar el presente, afirmó que:

el Covid 19 debe ser considerado por las autoridades como una enfermedad profesional para todos los trabajadores que se desempeñen en las actividades esenciales durante el periodo legal de aislamiento y a posteriori de este periodo para los trabajadores expuestos al virus, en especial los trabajadores de la salud y servicios conexos.

Frente a la anomia de las autoridades existe la opción de plantear su inclusión y tramitar el procedimiento de la enfermedad no listada solicitando su cobertura . Sin perjuicio de evaluar en su caso la promoción de medidas autosatisfactivas.

Sobre el requisito de petición fundada, evaluar su inconstitucionalidad.

Tener en cuenta que el trabajador cuenta con otro sistemas para accionar por el COVID 19 y sus secuelas (art 75 LCT y acción civil) y que nada impide el planteo subsidiario entre los sistemas.

———-

*Abogada Litigante. Maestrando en Derecho del Trabajo.

Estudio Vodeb, de Arce, Giampaoli & asoc.

Miembro del IDT del CAAL.

(1)“The world after coronavirus”. Yuval Harari, Financial Times del 20 de marzo de 2020.

(2) “La emergencia vital y el mundo de mañana”. Byung-Chul Han, el filósofo surcoreano que piensa desde Berlín. Diario El País, 22 de marzo de 2020.

(3) “En este sentido, la posición más generalizada es la llamada Teoría Tridimensional del Derecho… un análisis en profundidad de la realidad jurídica viene a demostrar que en ella se dan tres grandes dimensiones, las cuales inevitablemente han de ser complementarias: la histórica, la normativa y la valorativa. Donde quiera que haya un fenómeno jurídico, hay siempre un hecho subyacente (económico, geográfico, demográfico,...), un valor que confiere determinada significación a ese hecho, y una norma que representa la relación que integra uno de aquellos elementos en el otro: el hecho en el valor. Por tanto, desde este punto de vista doctrinal, el Derecho se presenta como una realidad constitutivamente tridimensional que se manifiesta y actúa al mismo tiempo como hecho, como norma y como valores.”.(https://teoria-del-derecho.blogspot.com/2007/08/validez-eficacia-y-justicia-del-derecho.html)

(4) “Un diagnóstico preocupante que pone a prueba las medidas del Gobierno” . Jorge Liotti, Diario La Nación del 22 de marzo de 2020.

(5) “Alerta por vacío legal: las ART se cubren por contagios de coronavirus y crece el temor en los gremios” Diario I-Profesional del 13 de marzo del 2020.

(6) “La reparación del daño por accidentes y / o enfermedades del trabajo: Avances, retrocesos y principios cardinales” . Microjuris.com . Autor: Serrano Alou, Sebastián.

Fecha: 20-sep-2017, Cita: MJ-DOC-12000-AR | MJD12000

(7) La tutela judicial efectiva, por ÁNGELA CLARA MARÍA PINACCHI. 4 de Julio de 2018. www.saij.gob.ar. Id SAIJ: DACF180144.

(8) “Los trabajadores contagiados y aislados, de baja por accidente laboral. El cambio de criterio de la Seguridad Social, aprobado este martes, supone mejorar la prestación para los afectados”. Diario La Vanguardia de España del 11 de marzo del 2020.

(9) “ Senado aprobó proyecto de ley que incluye al coronavirus como enfermedad profesional” Diario del País de Uruguay del 24 de marzo del 2020.

(10) CSJN, Silva, Facundo Jesús c/ Unilever de Argentina S.A., del 18 de diciembre de 2007. Fallos: 330:5435.

(11) Síntesis de informacion obrante en https://www.who.int/es/health-topics/coronavirus (web de la organizacion mundial de la salud)

(12) DECNU 297/2020. ARTÍCULO 6º.- Quedan exceptuadas del cumplimiento del “aislamiento social, preventivo y obligatorio” y de la prohibición de circular, las personas afectadas a las actividades y servicios declarados esenciales en la emergencia, según se detalla a continuación, y sus desplazamientos deberán limitarse al estricto cumplimiento de esas actividades y servicios:

1. Personal de Salud, Fuerzas de seguridad, Fuerzas Armadas, actividad migratoria, servicio meteorológico nacional, bomberos y control de tráfico aéreo.

2. Autoridades superiores de los gobiernos nacional, provinciales, municipales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires Trabajadores y trabajadoras del sector público nacional, provincial, municipal y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, convocados para garantizar actividades esenciales requeridas por las respectivas autoridades.

3. Personal de los servicios de justicia de turno, conforme establezcan las autoridades competentes.

4. Personal diplomático y consular extranjero acreditado ante el gobierno argentino, en el marco de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y la Convención de Viena de 1963 sobre Relaciones Consulares y al personal de los organismos internacionales acreditados ante el gobierno argentino, de la Cruz Roja y Cascos Blancos.

5. Personas que deban asistir a otras con discapacidad; familiares que necesiten asistencia; a personas mayores; a niños, a niñas y a adolescentes.

6. Personas que deban atender una situación de fuerza mayor.

7. Personas afectadas a la realización de servicios funerarios, entierros y cremaciones. En tal marco, no se autorizan actividades que signifiquen reunión de personas.

8. Personas afectadas a la atención de comedores escolares, comunitarios y merenderos.

9. Personal que se desempeña en los servicios de comunicación audiovisuales, radiales y gráficos.

10. Personal afectado a obra pública.

11. Supermercados mayoristas y minoristas y comercios minoristas de proximidad. Farmacias. Ferreterías. Veterinarias. Provisión de garrafas.

12. Industrias de alimentación, su cadena productiva e insumos; de higiene personal y limpieza; de equipamiento médico, medicamentos, vacunas y otros insumos sanitarios.

13. Actividades vinculadas con la producción, distribución y comercialización agropecuaria y de pesca.

14. Actividades de telecomunicaciones, internet fija y móvil y servicios digitales.

15. Actividades impostergables vinculadas con el comercio exterior.

16. Recolección, transporte y tratamiento de residuos sólidos urbanos, peligrosos y patogénicos.

17. Mantenimiento de los servicios básicos (agua, electricidad, gas, comunicaciones, etc.) y atención de emergencias.

18. Transporte público de pasajeros, transporte de mercaderías, petróleo, combustibles y GLP.

19. Reparto a domicilio de alimentos, medicamentos, productos de higiene, de limpieza y otros insumos de necesidad.

20. Servicios de lavandería.

21. Servicios postales y de distribución de paquetería.

22. Servicios esenciales de vigilancia, limpieza y guardia.

23. Guardias mínimas que aseguren la operación y mantenimiento de Yacimientos de Petróleo y Gas, plantas de tratamiento y/o refinación de Petróleo y gas, transporte y distribución de energía eléctrica, combustibles líquidos, petróleo y gas, estaciones expendedoras de combustibles y generadores de energía eléctrica.

24. S.E. Casa de Moneda, servicios de cajeros automáticos, transporte de caudales y todas aquellas actividades que el BANCO CENTRAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA disponga imprescindibles para garantizar el funcionamiento del sistema de pagos.

El Jefe de Gabinete de Ministros, en su carácter de coordinador de la “Unidad de Coordinación General del Plan Integral para la Prevención de Eventos de Salud Pública de Importancia Internacional” y con recomendación de la autoridad sanitaria podrá ampliar o reducir las excepciones dispuestas, en función de la dinámica de la situación epidemiológica y de la eficacia que se observe en el cumplimiento de la presente medida. En todos estos casos, los empleadores y empleadoras deberán garantizar las condiciones de higiene y seguridad

establecidas por el MINISTERIO DE SALUD para preservar la salud de las trabajadoras y de los trabajadores.

Decisión Administrativa 429/2020: Coronavirus. Incorporación de actividades y servicios exceptuados del aislamiento social, preventivo y obligatorio. El Poder Ejecutivo, por medio de una decisión administrativa firmada por el Jefe de Gabinete, incorpora nuevas actividades y servicios exceptuados del "aislamiento social, preventivo y obligatorio", considerándolos como "esenciales", que se detallan a continuación:

1. Industrias que realicen procesos continuos cuya interrupción implique daños estructurales en las líneas de producción y/o maquinarias.

2. Producción y distribución de biocombustibles.

3. Operación de centrales nucleares.

4. Hoteles afectados al servicio de emergencia sanitaria. También deberán garantizar las prestaciones a las personas que se hallaren alojadas en los mismos a la fecha del dictado del Decreto N° 297/20.

5. Dotación de personal mínima necesaria para la operación de la Fábrica Argentina de Aviones Brig. San Martín S.A.

6. Las autoridades de la Comisión Nacional de Valores podrán autorizar la actividad de una dotación mínima de personal y de la de sus regulados, en caso de resultar necesario.

7. Operación de aeropuertos. Operaciones de garages y estacionamientos, con dotaciones mínimas.

8. Sostenimiento de actividades vinculadas a la protección ambiental minera.

9. Curtiembres, con dotación mínima, para la recepción de cuero proveniente de la actividad frigorífica.

10. Los restaurantes, locales de comidas preparadas y locales de comidas rápidas, podrán vender sus productos a través de servicios de reparto domiciliario, con sujeción al protocolo específico establecido por la autoridad sanitaria. En ningún caso podrán brindar servicios con atención al público en forma personal.

Se aclara que los desplazamientos de las personas que realicen estas actividades se deberán limitar al estricto cumplimiento de las actividades y servicios considerados esenciales.

(12 bis) Autor: Schick, Horacio – Microjuris.com , Fecha: 13-jul-2017 . Cita: MJ-DOC-11907-AR | MJD11907/

(12 ter) Testimonios de espanto. Coronavirus en Italia: el dramático suicidio de dos enfermeras y la angustia por los médicos muertos. Diario Clarín, Sección Mundo del 25 de marzo del 2020./ La larga lista de médicos muertos en la batalla contra el coronavirus en Italia: "Estamos indefensos y sin armas". Los profesionales sanitarios contagiados en Italia son al menos 4.824, casi el doble que en China, mientras que los doctores muertos ascienden a 33. Las historias

detrás de los números y las razones detrás de un saldo tan elevado. Diario Infobae del 25/3/2020. / El Ayuntamiento de Madrid hará pruebas diagnósticas en servicios esenciales como SAMUR, Bomberos o Policía. Europapress.es del 19 de marzo del 2020. / Trabajadores de los servicios esenciales de Madrid se someterán al test del Covid-19 . Madrid Salud realizara…, pruebas diagnósticas del coronavirus a trabajadores de los servicios esenciales de la capital (Policía Municipal, Samur, Bomberos, Madrid Salud), ha informado el alcalde, José Luis Martínez-Almeida, a través de un mensaje de Twitter. La Vanguardia.com del 25 de marzo del 2020.

El número de personal sanitario afectado llega a 5700. Las comunidades religiosas, donde viven ancianos misioneros, también fueron alcanzados. “Rezan, enferman y mueren”.

(13) “... La violación de los derechos constitucionales del trabajador como sujeto de preferente tutela.

Este requisito reglamentario impuesto por el entramado del Decreto 401/01, Res 305/01 SRT y reflotado por la Res 298/17 contradice el mismísimo texto de la Ley 27348 que en su art. 2 sostiene: "(...) Todas las medidas de prueba producidas en cualquier instancia serán gratuitas para el trabajador. (...)" y por supuesto también contradice el beneficio de gratuidad (art. 20 de la Ley Nac. 20.774 y 41 de la LO) y en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires (art. 22 de la Ley 11.653 de Procedimiento Laboral),.

Respecto de sus alcances, la Corte Suprema de Justicia de la Nación señaló que los trabajadores deben tener la posibilidad de obtener la defensa de sus derechos en todas las instancias administrativas o judiciales sin estar condicionados por la obligación de pagar tasas, depósitos u otras cargas económicas. También destacó que la gratuidad de los procedimientos administrativos y judiciales es una garantía reconocida para asegurar la tutela judicial efectiva del trabajador que facilita su defensa en los reclamos originados en la relación de trabajo, más allá de que tales reclamos se apoyen en normas que no sean propiamente laborales o que tramiten por procedimientos judiciales distintos a los que se aplican comúnmente a los juicios laborales.(1)

Sabemos que la relación laboral no es simétrica y por tal motivo se han consagrado históricamente normativas que consagran al trabajador como sujeto de preferente tutela en el marco del principio protectorio que rige en el ámbito del Derecho del Trabajo.

Sostengo, a tenor de lo hasta aquí expuesto, que el “acceso a la justicia” como derecho y garantía constitucional y convencional que se le debe brindar al trabajador sujeto de preferente tutela se ve violentado por el requisito de gestionar una onerosa y engorrosa “Petición Fundada” colocando al trabajador en un marco desventajoso y de desigualdad frente a otros habitantes que pretendan reclamar una reparación económica con basamento en otras fuentes legales y fácticas a los que no se le impone este requisito ni otro parecido.

Esta exigencia perturba la tutela de los derechos de linaje preferencial, fundamentales en el escrutinio de la Constitución (como son los derechos sociales prescriptos en el art. 14 bis de la CN, art 39 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires.) como la igualdad ante la ley (art 16 CN).

Al respecto de la tutela preferencial se ha dicho que “Se enfatizan a tales fines, entre otros, los postulados de accesibilidad para todos al sistema judicial, sin trabas ni cortapisas, simplificación de los trámites, aceleración de los tiempos del reconocimiento del derecho en lapso razonable, búsqueda y prevalencia de la verdad objetiva . Como corolario se puede aseverar que la existencia misma de sujetos de derecho que puedan tener “preferente tutela” implica derechos diferenciales, con lo que el mismo texto constitucional en particular y el ordenamiento jurídico en general, se torna en una norma desigualitaria en beneficio de aquellos que el sistema considera en situación de necesidad de mayor protección”. (2).

El beneficio de gratuidad es una herramienta diseñada para intentar igualar a los contendientes en marco de un proceso judicial y así poder ejercer una legítima defensa de los derechos en juego (art. 18, 75 inc. 22 de la CN) y por tal motivo es receptado en la legislación ya citada -tanto a nivel nacional como local y procesal- que así lo consagra de modo irrestricto y con absoluta amplitud, por lo que no resulta válido que la reglamentación de menor jerarquía que aparece solapada en el laberinto normativo de decretos y resoluciones de la SRT mencionados venga a violentarlo abiertamente.

“Tal principio de gratuidad universalmente aceptado por la doctrina, ha considerado que esta disposición responde a una exigencia básica, a raíz de que resulta insuficiente que la ley consagre derechos, sino que es menester que facilite el acceso del trabajador al estrado judicial o administrativo a fin de obtener el reconocimiento de los mismos cuando considere que se los han conculcado o desconocido” (3).

De nada sirve legislar sobre principios protectorios y tener derechos y garantías constitucionalmente consagrados para el trabajador cuando se le impone una absurda reglamentación que lo obliga a gastar el dinero que no tiene y el tiempo del que no dispone para acceder a un restrictivo trámite administrativo al que le seguirá una eventual vía recursiva a la Justicia nacional o provincial. Voy a reiterar, para que no quede duda alguna, sin PF no se recibe el trámite administrativo y sin trámite administrativo no hay vía recursiva al poder judicial nacional ni al bonaerense que garantice una tutela judicial efectiva.” Artículo “LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL REQUISITO DE PETICIÓN FUNDADA” por Clarisa de Arce y Facundo Giampaoli , publicado en AFTE.ONLINE.

(14) Juan J. Formaro, “El art. 75 de la LCT frente a la sanción de la ley 26.773”, Compendio Jurídico Errepar – Octubre/2013).

(14 bis) “Responsabilidad Civil por Riesgo Creado y de Empresa. Contractual y extra-contractual”, Pizarro, Ramón D.,La Ley, Bs. As., 2006, t. II, p. 178.

(15) JORNADAS AAL - PONENCIAS. Los daños laborales y la protección de la integridad psicofísica de las personas que trabajan. Por María Paula Lozano, 3 diciembre, 2018.