



ANÁLISIS PRELIMINAR DEL DNU 367/2020. LA ENFERMEDAD COVID-19 COMO UNA ENFERMEDAD PRESUNTIVAMENTE PROFESIONAL NO LISTADA

CLARISA DE ARCE(*)

“El hombre atraviesa el presente con los ojos vendados. Solo puede intuir o adivinar lo que en verdad está viviendo. Y después, cuando le quitan la venda de los ojos, puede mirar al pasado y comprobar qué es lo que ha vivido y cuál era su sentido”.

Milan Kundera, Relatos, El libro de los amores ridículos (1953)

I - INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se intentará analizar el alcance, sus ventajas, los interrogantes que plantea y también efectuar algunas críticas iniciales al reciente decreto de necesidad y urgencia 367/2020 por el cual se estableció una situación de excepción.

El DNU en cuestión modifica circunstancial y temporalmente la clasificación tradicional de contingencias cubiertas por el sistema de riesgos del trabajo mediante la inclusión de la COVID-19 como una nueva categoría excepcional de “enfermedad presuntivamente profesional no listada” en el sistema de riesgos del trabajo argentino.

II - SITUACIÓN PREVIA AL DNU 367/2020

Nuestro sistema de riesgos del trabajo está conformado por la ley 24557 que es, a su vez, complementada y modificada por quinientas dos normas al día de la fecha, entre las que claramente se destacan la ley 26773 y la más reciente ley 27348, pilares del esquema de prevención y reparación de infortunios laborales.

De este sistema, en especial del artículo 6 del texto vigente de la ley 24557, surge que las contingencias cubiertas por el mismo son: a) los accidentes de trabajo, pudiendo subclasificarse estos como los accidentes ocurridos por el hecho del trabajo, en ocasión del trabajo o en el trayecto de ida y vuelta hacia el mismo; y b) las enfermedades profesionales, pudiendo subclasificarse estas en listadas y no listadas.

Los accidentes de trabajo y las enfermedades listadas son cubiertos económicamente por las ART y empleadores autoasegurados (EA); en cambio, las enfermedades no listadas son cubiertas por el fondo fiduciario de enfermedades profesionales.(1)

En la situación previa al dictado del DNU 367/2020, la COVID-19 era una enfermedad lisa y llanamente “no listada” en nuestro sistema de riesgos del trabajo, por la obvia circunstancia de tratarse de una enfermedad de reciente aparición en el mundo.

Si bien intentó asimilársela a un accidente laboral, la doctrina mayoritaria rápidamente entendió que no encuadraba en las características de hecho súbito y violento.(2)

Por ello, la única posibilidad de cobertura para un trabajador víctima de COVID-19 era el cumplimiento del trámite establecido en el decreto 1278/2000, junto con el procedimiento interno regulado por el decreto 717/1996 y las modificaciones introducidas por el decreto 1475/2015 (trámite para el reconocimiento de la enfermedad no listada), o intentar su judicialización, a fin de obtener la reparación de las secuelas en el caso concreto. Un camino largo y complejo que fuera explicado en otro artículo(3) y que no parecía -acertadamente- justo para los trabajadores afectados.

Por otra parte, a fin de que el sistema sobre riesgos del trabajo pudiese incluir a la COVID-19 como enfermedad cubierta, conforme el artículo 40 de la ley 24557, debía modificarse el listado. Hubiese sido, en mi opinión, la solución correspondiente.(4)

No soslayo que el decreto 658/1996, que aprobó el Listado de Enfermedades Profesionales, fue modificado únicamente por el decreto 49/2014, que incluyó a las varices, hernias inguinales y espondiloartrosis, y por el decreto 1167/2013, que incluyó el hantavirus y el Trypanosoma Cruzi como enfermedades profesionales, luego de haber identificado agente de riesgo cuadros clínicos, exposición y actividades en capacidad de determinar dichas enfermedades.

El listado no es algo pétreo, aunque es menester para la inclusión de una nueva enfermedad el dictamen con carácter vinculante(5) del Comité Consultivo Permanente - órgano de participación tripartito presidido por el Ministro de Trabajo e integrado por cuatro representantes del gobierno, cuatro de la Confederación General del Trabajo y cuatro de las organizaciones de empleadores, dos de los cuales son designados por el sector de la pequeña y mediana empresa-, a su vez, previo dictamen de la Comisión Médica Central. Según prescribe el último párrafo del apartado 3) del artículo 40 de la LRT, debe ser confeccionado teniendo en cuenta la causa directa de la enfermedad con las tareas cumplidas por el trabajador y con las condiciones medioambientales de trabajo.(6)

Resultaron clarificadoras las palabras del Ministro de Trabajo, con posterioridad a la publicación del DNU 367/2020, en cuanto afirmó que, superada esta crisis, el coronavirus dejará de ser una enfermedad profesional y pasará a ser como cualquier gripe común.(7)

Es altamente probable que esta línea de razonamiento haya sido imperante para la determinación de los alcances del decreto cuyo análisis motiva la presente, con un alcance temporal limitado y sujetos comprendidos diferenciados en cuanto al tratamiento.

III - ALCANCE DEL DNU 367/2020

El alcance del mismo debe ser interpretado realizando un recorrido previo por algunas de las normas del derecho laboral de la emergencia, pues de allí se completa parte de su entendimiento en relación a su aplicación temporal y a los sujetos comprendidos como beneficiarios del DNU.

Desde la declaración de la pandemia motivada por la COVID-19 por parte de la OMS, en fecha 11/3/2020, mucho se ha debatido en el mundo sobre la clasificación o categorización de enfermedad profesional de la misma.

Países como España, Uruguay y Colombia ya lo han receptado afirmativamente en este sentido.

En nuestro país, la discusión sobre la COVID-19 comienza a tener mayor trascendencia y se vuelca al plano legislativo vía DNU 260/2020, del 12/3/2020, por el cual se amplía la emergencia sanitaria que había sido previamente dispuesta por la ley de emergencia 27541 en diciembre/2019. Es decir, la emergencia sanitaria cuyo plazo de duración era hasta el 31/12/2020 se ve extendida hasta el 13/3/2021, pues el DNU 260/2020 la amplía a un año desde su publicación.

Podría decirse también que el DNU 260/2020 es el hontanar del denominado “derecho laboral de la emergencia”, pues se han establecido allí las primeras licencias laborales de aislamiento preventivo. Pocos días después fue dictado el DNU 297/2020, por el cual comienza el primer período de “aislamiento social, preventivo y obligatorio” -ASPO- desde el 20/3/2020 al 30/3/2020 y las primeras veinticuatro actividades exceptuadas del aislamiento, luego ampliadas a muchas más(8), a la vez que se prorrogó temporalmente el período de ASPO, primero hasta el 12/4/2020 y luego hasta el 26/4/2020, a través de los decretos 325/2020 y 355/2020, respectivamente y actualmente hasta el 10/5/2020 por medio del decreto 408/2020.

Reitero la relevancia de estas aclaraciones pues el DNU 367/2020 contiene un reenvío a las mencionadas normativas para la aplicación temporal diferenciada que efectúa en relación a los beneficiarios y a la aplicación temporal de las presunciones que consagra.

En este contexto en el que se fueron sumando trabajadores comprendidos en las actividades esenciales y, por ende, excluidos del aislamiento en función de necesidades excepcionales de la economía, se fueron sumando también los contagios y los tristes y

lamentables fallecimientos de trabajadores en actividad por esta enfermedad de tan vertiginosa propagación.

Así, la discusión legal sobre la cobertura de la COVID-19 por parte de las aseguradoras de riesgos del trabajo comenzó a cobrar más notoriedad y a provocar más repercusión pública.

El Poder Ejecutivo debió tomar posición al respecto y efectivamente lo hizo, teniendo en cuenta coordinar políticas de seguridad social y proteger la salud de los trabajadores conforme los principios de solidaridad y esfuerzo compartido, según rezan los considerandos del decreto 367/2020.

En el citado DNU, se tuvo en consideración el impacto económico de las prestaciones de la COVID-19 y se dispuso que las mismas sean cubiertas por el Fondo Fiduciario de Enfermedades Profesionales. También fue ponderado el informe de la OIT(9) que aconsejó atender la reparación de las secuelas de la COVID-19 en cuanto sean resultado de una actividad relacionada con el trabajo.

Con estos antecedentes, el nuevo decreto, en su artículo 1, viene a innovar estableciendo una nueva subclasificación dentro de las enfermedades no listadas, instaurando a la COVID-19 como una enfermedad presuntivamente profesional no listada, en los términos del artículo 6, apartado 2.b), de la LRT.

IV - TRABAJADORES INCLUIDOS EN EL DNU 367/2020. DIFERENCIACIÓN TEMPORAL DE LA PRESUNCIÓN Y COBERTURA OBLIGATORIA

Los sujetos beneficiarios de esta presunción son: a) los trabajadores de las actividades esenciales de la economía y, por ello, excluidos del aislamiento, mientras dure, y b) los trabajadores del sector salud hasta pasados sesenta días de la finalización del período ampliado de emergencia sanitaria.(10)

Para los trabajadores exceptuados del aislamiento, si bien la norma no efectúa aclaración, entiendo que debería considerarse la fecha en que cada trabajador comenzó a desarrollar su actividad esencial, ya que para algunos sectores y trabajadores esto fue el 20/3/2020 y para otros la excepción de aislamiento ocurrió después, estableciéndose nuevas categorías de trabajadores esenciales con el correr de los días.

Es decir, cada actividad tiene su propio período de exclusión del ASPO. La discusión del período correspondiente a cada trabajador esencial no es un dato menor a fin de analizar su inclusión en las presunciones del decreto, teniendo en cuenta el período de contagio de la enfermedad a través de enfermos asintomáticos, la falta de certeza científica de la duración del patógeno en determinadas superficies y/o ambientes y la manifestación o

confirmación de la enfermedad en el trabajador afectado. Por el momento, el período de aislamiento termina el 26/4/2020, salvo nueva prórroga.

Para los trabajadores del sector salud, la presunción legal rige hasta el 11/5/2021, conforme vigencia temporal de las normas del derecho laboral de la emergencia que ya fueron mencionadas.

Hasta el momento, no fue aclarado normativamente el universo de trabajadores comprendidos o correspondientes al sector salud, resultando clara la inclusión de los profesionales de la medicina y personal de enfermería, así como también sus auxiliares técnicos, pero no así la del personal administrativo de clínicas y hospitales, laboratorios, limpieza y seguridad de instituciones hospitalarias ni otros servicios conexos, igualmente en sobreexposición al virus causante de la enfermedad, lo que podría ocasionar rechazos de las enfermedades respecto de estos últimos.

Para el personal comprendido y en sus respectivos períodos temporales, el decreto impone un importante avance, negando a las ART la posibilidad de negar la cobertura y obligándolas a otorgar las prestaciones de manera inmediata.(11)

Debe entenderse, por imperio del *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* que por prestaciones se incluyen las prestaciones en especie(12) y las dinerarias(13) mientras dure la ILT.

Esto se traduce en un alivio no solo para los trabajadores y sus familias, sino también para los empleadores, ya que así, por un lado, los trabajadores son atendidos en su salud y tienen la certeza en la percepción de sus haberes, mientras que, por el otro, los empleadores no sufren un nuevo sobresalto económico derivado de la COVID-19.

No obstante, subsiste un interrogante de tipo fáctico, atento a que si bien la ART no puede rechazar la cobertura, se le impone al trabajador el deber de acompañar un diagnóstico emitido por entidad autorizada(14), siendo el Ministerio de Salud la autoridad de aplicación en esta materia. No parece un requisito razonable imponer al trabajador enfermo y/o a su familia la tramitación de un certificado adicional al de la entidad en la que se está atendiendo. Recordemos que se trata de una persona en aislamiento y enferma, entonces, si la norma le exige un trámite que no podrá realizar hasta curarse, se trata de una norma cuyo enunciado será irrealizable ya que permitirá a las aseguradoras el rechazo oportuno de la enfermedad por cuestiones formales.

Desde otra óptica, aquí habrá que ver cómo se interpreta la imposibilidad de rechazo que impone este DNU, con la aceptación tácita regulada por el decreto 716/1996, frente al cual, no habiendo sido rechazada la enfermedad dentro de los diez días de recibida la denuncia, se entenderá la aceptación de la pretensión(15), siendo ello de suma importancia a la hora

de la determinación definitiva del carácter profesional de la enfermedad por la Comisión Médica Central o el juez que eventualmente intervenga.

Frente a la falta de rechazo dentro del plazo administrativo, no podrá invocarse un rechazo extemporáneo por la ART, quedando esta obligada in omne tempus a todas las prestaciones de la ley.

V - LA DETERMINACIÓN DEL CARÁCTER DEFINITIVO DEL CARÁCTER PROFESIONAL DE LA ENFERMEDAD. TIPOS DE PRESUNCIONES(16)

Superado el período de ILT, para la determinación del carácter definitivo de la enfermedad COVID-19 como profesional (ILP)(17), así como establece dos vigencias temporales diferenciadas, el decreto 367/2020 establece nuevamente dos categorías según los sujetos comprendidos en la presunción.

Esto es: a) enfermedad no listada presuntivamente profesional con carácter de presunción simple, y b) enfermedad no listada presuntivamente profesional con carácter de presunción iuris tantum.

La categoría a) es para todos los trabajadores exceptuados de la obligación de aislamiento en su respectivo período temporal, menos los del sector salud. La normativa establece una importante presunción a favor del trabajador toda vez que la Comisión Médica Central podrá invertir la carga de la prueba en función de la dispensa del deber de aislamiento. También tendrá en cuenta el número relevante de infectados del sector o del establecimiento (una especie de microzona endémica) u otros hechos reveladores a tal fin. De lo cual se desprende la imperiosa necesidad de que los trabajadores cuenten con estadísticas por sector, zona y actividad específica a fin de tener en su poder herramientas que le permitan acreditar lo requerido por la norma, siendo esto una labor importante que deberían asumir los gremios y entidades de salud pública. Cabe recordar aquí las previsiones del artículo 1757 del CCyCo., que si bien es una norma extrasistémica, ha receptado la teoría de la responsabilidad objetiva por la actividad riesgosa con un criterio amplísimo, perfectamente aplicable a los trabajadores que se desempeñaron en circunstancias de tiempo, modo y lugar de la pandemia, en la primera línea de batalla y con sobreexposición al agente causal.

La categoría b) comprende a todos los trabajadores del sector salud, en su correspondiente período de aplicación temporal. Es decir, se presume que la enfermedad guarda relación causal directa e inmediata con la labor desplegada, salvo prueba en contrario, hasta pasados sesenta días de la finalización de la emergencia sanitaria o sus eventuales prórrogas.

VI - PROCEDIMIENTO PARA LA DETERMINACIÓN DEL CARÁCTER DEFINITIVO

A tales fines, el nuevo decreto le otorga a la Comisión Médica Central el imperium de establecer con carácter originario -llamémosle "competencia originaria de la Comisión Médica Central"- la facultad de determinar el carácter profesional de la enfermedad(18), conforme la presunción legal del artículo 1 del propio DNU.

Sin embargo, a la fecha, se desconoce el procedimiento, pues ha quedado sujeto a la reglamentación por parte de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, en quien se delegan facultades a dichos fines.(19)

La "competencia originaria de la Comisión Médica Central" resulta un aspecto muy negativo de la norma, pues existe una sola en toda la República Argentina y eventualmente puede vaciar de competencia a las Comisiones Médicas Jurisdiccionales, concentrando toda la facultad decisoria en un solo organismo.

Al no haberse efectuado distinción, considero que para todos los trabajadores bajo la órbita del DNU 367/2020 -trabajadores esenciales y sector salud- será la Comisión Médica Central -con el nuevo procedimiento a reglamentarse- el organismo que deberá intervenir.

El distingo radica en que para los trabajadores de la salud, atento el carácter iuris tantum de la presunción, se presume la relación causal entre la actividad y la patología, debiendo la ART o el EA que pretenda producir una prueba en contrario instar el procedimiento ad hoc. Es decir, su apertura queda a cargo de quien pretenda desbaratar la presunción.

De ratificarse esto, no quedan dudas de las dificultades en el acceso a la tutela judicial continua y efectiva para los trabajadores que residan en otras provincias, lo que no se condice con su condición de sujeto de especial protección y tutela constitucional que resulta del artículo 14 bis de la Carta Magna.

Tampoco se ha previsto en el DNU la vía recursiva correspondiente a los dictámenes de alcance particular de competencia originaria de la Comisión Médica Central, especulando que si aplicamos la regla general de competencia sobre el tribunal correspondiente al domicilio de la comisión médica que intervino(20), todos los recursos tendrán radicación ante la justicia nacional del trabajo, lo cual, desde ya, rompe todo esquema de reparto territorial competencial.

Desde un análisis de vista constitucional, cabe mencionar que el sistema de la ley de riesgos del trabajo ha sido siempre impugnado por pretender un sistema federal que no podía ser tal, hasta la aparición de la ley 27348 que intenta salvar este cuestionamiento con la invitación a las Provincias a adherir al mismo.

La adhesión precedentemente referida importó la delegación expresa a la jurisdicción administrativa nacional de la totalidad de las competencias necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en los artículos 1, 2 y 3 de la ley 27348 y en el apartado 1) del artículo 46 de la ley 24557 y sus modificatorias, así como la debida adecuación, por parte de los Estados provinciales adherentes, de la normativa local que resulte necesaria.

Esto quiere decir, básicamente, que las Provincias delegaron en la Nación las competencias para que las Comisiones Médicas Jurisdiccionales determinaran el carácter profesional de una enfermedad o contingencia, la determinación de su incapacidad y el alcance de las prestaciones a otorgarse en el caso, con apelación ante la Comisión Médica Central y acceso a la justicia.

Esta adhesión sin reservas (salvo aquellas provincias como Córdoba que han tenido su adhesión particular, conforme ley provincial 10456 y convenio 83/2017 con la SRT) está en concordancia con la “delegación expresa” del artículo 4 de la ley 27348, que requiere que sea “de la totalidad de las competencias” provinciales.

La mayoría de las Provincias lo hizo y delegó en las Comisiones Médicas Jurisdiccionales las facultades para dirimir, que ahora en el particular caso de la COVID-19, son despojadas de su rol, el que pasa a ser “competencia originaria de la Comisión Médica Central” sin que las Provincias se hayan expedido sobre el particular.

Este DNU, como viene haciendo el sistema de riesgos del trabajo desde su origen, invade competencias provinciales reservadas al transferir a la Nación facultades que son provinciales.

La Comisión Médica Central es un organismo bajo la órbita del Poder Ejecutivo Nacional, y las Provincias, en este aspecto, no han prestado conformidad para la competencia originaria que específicamente hoy se legisla a través del DNU, es decir, no existe una delegación a la Nación de facultades “reservadas” o exclusivas de las Provincias, ni se pide adhesión provincial a tal efecto.(21)

La reglamentación, desconocida a la fecha, crea un nuevo panorama de incertidumbre sobre la constitucionalidad y aplicabilidad del procedimiento.

Más confuso puede resultar esto en Provincias que aún no han adherido a la ley 27348, donde se impone sin otro requisito previo la judicialización de la controversia.

El pragmatismo basado en el noble fin de proteger la eficacia real de la tutela del trabajador hiposuficiente no debería inspirar este conflicto normativo que abre nuevos interrogantes a los justiciables y abogados litigantes.

VII - FINANCIAMIENTO DE LAS PRESTACIONES Y VIGENCIA RETROACTIVA

La norma analizada indica que se hallan a cargo del Fondo Fiduciario de Enfermedades Profesionales, desde el inicio del aislamiento en fecha 20/3/2020 y hasta sesenta días posteriores a la finalización del mismo(22). Esto es, el 25/6/2020 (si no se prorroga nuevamente). Adicionalmente, se establecerá el mecanismo de reintegro de los fondos y se garantiza un 10% del mismo para atender a otras enfermedades profesionales.

Además, se establece con carácter retroactivo que este DNU se aplica a todas aquellas contingencias cuya primera manifestación invalidante se haya producido desde la entrada en vigencia del DNU 297/2020, o sea, desde el 20/3/2020 en adelante.

Ningún cuestionamiento debería generar la retroactividad de la norma, toda vez que el artículo 3 del Código Civil reformado por la ley 17711 se continúa en el artículo 7 del Código Civil y Comercial, que establece: “A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales”.

Por imperio del artículo 7 del CCyCo. y las razones que fundamentan la aplicación inmediata de la ley laboral más favorable al trabajador(23), la retroactividad es plenamente válida.

VIII - CONCLUSIÓN FINAL

Como corolario de todo lo expuesto, es positiva y tranquilizadora la obligación de cobertura inmediata de la COVID-19 para los trabajadores esenciales y del sector salud, con imposibilidad de rechazo de las ART, las que indefectiblemente y de inmediato deberán otorgar las prestaciones dinerarias y en especie.

Sin embargo, se abre un interrogante en relación a la posibilidad de rechazo inicial por la carencia de un certificado de entidad autorizada y se instala una nueva polémica en relación al procedimiento para la determinación definitiva del carácter profesional de la enfermedad.

Por último, subsiste un silencio indeseado en relación a la cobertura del estrés postraumático que muy probablemente afectará a los trabajadores exceptuados del aislamiento, lo que obligará al tránsito de las comisiones médicas tendiente a obtener el reconocimiento de la “enfermedad no listada”, de infructuoso resultado hasta el momento.

Notas:

(*) Abogada litigante (Universidad de El Salvador). Maestranda en Derecho del Trabajo (UCES). Miembro del Instituto de Derecho de Trabajo del CAAL. Disertante sobre comisiones médicas en CAAL y CAMGR. Diplomatura en contratos CCyCo. y fideicomisos

(1) D. 590/1997, del 30/6/1997

(2) Formaro, Juan: “Los riesgos del trabajo y el coronavirus” - Conferencia desde la cuenta de Instagram de “Institutoscasi”, del ciclo de encuentros online “Efectos jurídicos de la pandemia” a cargo de los Institutos del CASI - 15/4/2020

(3) De Arce, Clarisa R.: “¿Es la COVID-19 una enfermedad profesional en el sistema de riesgos del trabajo argentino? ¿Qué potencialidad tiene para serlo? - Erreius online - abril/2020

(4) De Arce, Clarisa R.: “¿Es la COVID-19 una enfermedad profesional en el sistema de riesgos del trabajo argentino? ¿Qué potencialidad tiene para serlo? - Erreius online - abril/2020

(5) Art. 40, LRT

(6) Navarro, Julio M.: “Policía del trabajo y administración laboral” - pág. 449 - cita 52

(7) Transmisión en vivo de la Comisión de Legislación del Trabajo del 15/4/2020

(8) DNU 297/2020, Dec. Adm. 490/2020, Dec. Adm. 450/2020, Dec. Adm. 467/2020, Dec. Adm. 468/2020, Dec. Adm. 490/2020 y Dec. Adm. 524/2020

(9) Las normas de la OIT y el COVID-19 (coronavirus). Preguntas frecuentes. Disposiciones fundamentales de las normas internacionales del trabajo pertinentes en el contexto del brote de COVID-19. Pág. 16 y ss. Informe del 27/3/2020

(10) Arts. 1 y 4, D. 367/2020

(11) Art. 2, DNU 367/2020

(12) Art. 20, LRT

(13) Arts. 7 y 13, LRT

(14) Art. 2, D. 367/2020

(15) Art. 6, D. 717/1996

(16) Arts. 3 y 4, D. 367/2020

(17) Art. 8, LRT

(18) Art. 3, DNU 367/2020

(19) Art. 6, DNU 367/2020

(20) Art. 2, L. 27348.

(21) Arts. 1, 5, 34 y 121, CN

(22) Art. 5, DNU 367/2020

(23) Cornaglia, Ricardo: "La aplicación inmediata de la norma más favorable al trabajador" - ERREPAR - DLE - octubre/2015 - N° 362 - pág. 1101