

ANÁLISIS DE LA NORMATIVA DICTADA CON MOTIVO DE LA EMERGENCIA PÚBLICA DECLARADA POR LA PANDEMIA COVID-19 CON IMPACTO EN LAS RELACIONES DEL TRABAJO. POSIBLES ACCIONES DE APLICACIÓN POR PARTE DE LA EMPRESA A LOS EFECTOS DE MITIGAR LA SITUACIÓN DE CRISIS ACTUAL.

1. INTRODUCCIÓN.

Frente la Pandemia del COVID -19 declarada por la ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD que ha generado diferentes acciones desde el punto de vista sanitario por parte del gobierno de la mayoría de los países del mundo, destacamos que el Gobierno Argentino a través del Poder Ejecutivo Nacional dispuso mediante el DNU 297/20 (publicado en el Boletín Oficial el 20/03/2020) ampliar la declaración de la emergencia sanitaria oportunamente establecida por ley Nro. 27.541 y dispuso el aislamiento social obligatorio para toda persona que habite o se encuentre transitoriamente en el territorio nacional hasta el día 31 de marzo de 2020. Posteriormente, con fecha 31 de marzo de 2020, dispuso mediante DNU 325/20 prorrogar hasta el día 12 de abril el aislamiento social obligatorio y también los efectos del DNU 297/20.

2. DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA NRO 297/20 Y 325/20. AISLAMIENTO SOCIAL OBLIGATORIO.

En tal sentido, el art. 1 del DNU 297/20 actualmente prorrogado, estableció que:

ARTÍCULO 1º.- A fin de proteger la salud pública, lo que constituye una obligación inalienable del Estado nacional, se establece para todas las personas que habitan en el país o se encuentren en él en forma temporaria, la medida de “aislamiento social, preventivo y obligatorio” en los términos indicados en el presente decreto. La misma regirá desde el 20 hasta el 31 de marzo inclusive del corriente año, pudiéndose prorrogar este plazo por el tiempo que se considere necesario en atención a la situación epidemiológica. *(Aislamiento obligatorio actualmente prorrogado hasta el día 12 de abril por el DNU325/20)*

Esta disposición se adopta en el marco de la declaración de pandemia emitida por la Organización Mundial de la Salud (OMS), la Emergencia Sanitaria ampliada por el Decreto N° 260/20 y su modificatorio, y en atención a la evolución de la situación epidemiológica, con relación al CORONAVIRUS-COVID 19.

ARTÍCULO 2º.- Durante la vigencia del “aislamiento social, preventivo y obligatorio”, las personas deberán permanecer en sus residencias habituales o en la residencia en que se encuentren a las 00:00 horas del día 20 de marzo de 2020, momento de inicio de la medida dispuesta. Deberán abstenerse de concurrir a sus lugares de trabajo y no podrán desplazarse por rutas, vías y espacios públicos, todo ello con el fin de prevenir la circulación y el contagio del virus COVID-19 y la consiguiente afectación a la

salud pública y los demás derechos subjetivos derivados, tales como la vida y la integridad física de las personas.

Quienes se encuentren cumpliendo el aislamiento dispuesto en el artículo 1°, solo podrán realizar desplazamientos mínimos e indispensables para aprovisionarse de artículos de limpieza, medicamentos y alimentos.

Además de la imposición del aislamiento obligatorio dispuesto por el Gobierno Nacional, también se dispuso en el art. 8 del DNU lo siguiente:

ARTÍCULO 8º.- Durante la vigencia del “aislamiento social, preventivo y obligatorio”, los trabajadores y trabajadoras del sector privado **tendrán derecho al goce íntegro de sus ingresos habituales, en los términos que establecerá la reglamentación del MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL.**

En efecto, con dicha norma se intentó garantizar a los trabajadores dependientes del sector público y privado, que la imposibilidad de concurrir a sus lugares de trabajo no afectaría el derecho al goce íntegro de sus ingresos habituales, y le otorga al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación (MTEySS) la facultad de reglamentar dicho precepto normativo.

El mismo DNU 297/20 estableció en su artículo 6 las actividades consideradas esenciales en el marco de la emergencia sanitaria. En tal sentido, el art. 6 dispuso lo siguiente:

“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. (Nota Infoleg: Ver Resoluciones N° 132/2020 B.O. 21/3/2020 y 133/2020 B.O. 23/3/2020 del Ministerio de Desarrollo Social, normativa y DDJJ*

para justificar la situación de excepción a la media de aislamiento dispuesta por el presente Decreto)

- 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. (Nota Infoleg: por art. 3° de la Decisión Administrativa N° 429/2020 B.O. 20/3/2020 se aclara que en el presente inciso cuando se refiere a las Industrias de alimentación se entenderá a las que integran la cadena de valor e insumos de los sectores productivos de alimentación y bebidas, higiene personal y limpieza, equipamiento médico, medicamentos, vacunas y otros insumos sanitarios. Vigencia: a partir del día de su publicación en el BOLETÍN OFICIAL)*
- 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.

(Nota Infoleg: VER art. 1° de la Decisión Administrativa N° 429/2020 B.O. 20/3/2020 Incorporaciones al listado de actividades y servicios declarados esenciales en la emergencia, exceptuadas del cumplimiento del “aislamiento social, preventivo y obligatorio” y de la prohibición de circular. Vigencia: a partir del día de su publicación en el BOLETÍN OFICIAL.)

(Nota Infoleg: por art. 1° de la Resolución N° 48/2020 del Ministerio del Interior B.O. 29/3/2020 se implementa el “Certificado Único Habilitante para Circulación – Emergencia COVID-19” para toda persona que encuadre en los supuestos previstos en el artículo 6° del Decreto N° 297/20 y en los artículos 1° y 2° de la Decisión Administrativa N° 429/20, así como en aquellas excepciones al “aislamiento social, preventivo y obligatorio” que en el futuro se establezcan. Vigencia: a partir del día de su publicación en el BOLETÍN OFICIAL.

(Nota Infoleg: Ver normativa y DDJJ que se hayan publicado en Boletín Oficial para justificar la situación de excepción a la media de aislamiento dispuesta por el presente Decreto)”

Asimismo, mediante la resolución N° 429/2020 (B.O. 20/3/2020) se efectuó una primera ampliación del listado de actividades consideradas esenciales, conforme se transcribe a continuación:

ARTÍCULO 1°.- *Incorpórase al listado de actividades y servicios declarados esenciales en la emergencia, exceptuadas del cumplimiento del “aislamiento social, preventivo y obligatorio” y de la prohibición de circular, a las personas afectadas a las actividades y servicios que se detallan a continuación:*

1. Industrias que realicen procesos continuos cuya interrupción implique daños estructurales en las líneas de producción y/o maquinarias podrán solicitar autorización a la Secretaría de Industria, Economía del Conocimiento y Gestión Comercial Externa, para no discontinuar su producción, reduciendo al mínimo su actividad y dotación de personal.

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.

Los desplazamientos de las personas alcanzadas por el presente artículo deberán limitarse al estricto cumplimiento de las actividades y servicios considerados esenciales.

ARTÍCULO 2º.- *Se permitirá la circulación de los ministros de los diferentes cultos a los efectos de brindar asistencia espiritual, debiendo los templos ajustarse en su funcionamiento a lo estipulado en el primer párrafo del artículo 5º del Decreto N° 297/20.*

ARTÍCULO 3º.- *Aclárase que en el inciso 12 del artículo 6º del Decreto N° 297/20 cuando se refiere a las Industrias de alimentación se entenderá a las que integran la cadena de valor e insumos de los sectores productivos de alimentación y bebidas, higiene personal y limpieza, equipamiento médico, medicamentos, vacunas y otros insumos sanitarios”.*

Posteriormente, mediante la resolución N° 459/2020 (B.O. 03/4/2020) se efectuó una segunda ampliación del listado de actividades consideradas esenciales, conforme se transcribe a continuación:

ARTÍCULO 1°.- Ampliase el listado de actividades y servicios declarados esenciales en la emergencia, en los términos previstos en el Decreto N° 297/20, conforme se establece a continuación:

- 1. Venta de insumos y materiales de la construcción provistos por corralones.*
- 2. Actividades vinculadas con la producción, distribución y comercialización forestal y minera.*
- 3. Curtiembres, aserraderos y fábricas de productos de madera, fábricas de colchones y fábricas de maquinaria vial y agrícola.*
- 4. Actividades vinculadas con el comercio exterior: exportaciones de productos ya elaborados e importaciones esenciales para el funcionamiento de la economía.*
- 5. Exploración, prospección, producción, transformación y comercialización de combustible nuclear.*
- 6. Servicios esenciales de mantenimiento y fumigación.*
- 7. Mutuales y cooperativas de crédito, mediante guardias mínimas de atención, al solo efecto de garantizar el funcionamiento del sistema de créditos y/o de pagos.*
- 8. Inscripción, identificación y documentación de personas.*

Aclárase que las disposiciones del inciso 14 del artículo 6° del Decreto N° 297/20 incluyen las actividades de mantenimiento de servidores y que las disposiciones del artículo 6° inciso 7 del de la citada norma, incluyen a las personas afectadas a las actividades destinadas a la provisión de insumos necesarios para la realización de servicios funerarios, entierros y cremaciones.

Los desplazamientos de las personas alcanzadas por el presente artículo deberán limitarse al estricto cumplimiento de las actividades y servicios considerados esenciales.

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”.

Finalmente, respecto de la validez de la citada norma, el poder judicial ya ha tenido la oportunidad de analizar y expedirse sobre la constitucionalidad del mismo en autos **“KINGSTON, PATRICIO HABEAS CORPUS INTERLOC. 14/143”** y ha dicho:

“Tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que “...El Estado no sólo debe abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos individuales sino que tiene, además, el deber de realizar prestaciones positivas, de manera tal que el ejercicio de aquéllos no se torne ilusorio...” (c. Asociación Benghalensis c. Estado Nacional, Fallos 323:1339, del 1/6/2000). Dicha postura fue reafirmada en Fallos 323:3229, “Campodónico de Beviacqua”, del 24/10/2000, al sostener que “..a partir de lo dispuesto en los

tratados internacionales que tienen jerárquica constitucional (art. 75 inc. 22, Ley Suprema), ha reafirmado en recientes pronunciamientos el derecho a la preservación de la salud -comprendido dentro del derecho a la vida- y ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas...” Si bien en esos casos se trataba la necesidad de prestación médica por parte del Estado Nacional, en la situación excepcional que da cuenta la norma impugnada y la situación pública y notoria, la acción positiva a la cual puede recurrir el Estado para preservar la salud, ante la ausencia de medicación idónea que permita evitar la propagación y la afectación de la salud, es el aislamiento social al que se ha recurrido. Así las cosas, la situación de excepcionalidad da cuenta de la legitimidad de los fines buscados que se pretenden preservar, por lo cual desde este prisma la norma tiene pleno sustento. PODER JUDICIAL DE LA NACIÓN SALA INTEGRADA DE HABEAS CORPUS – 19.200/2020 – KINGSTON, PATRICIO HABEAS CORPUS INTERLOC. 14/143.

3. RESOLUCIÓN 279/20 DEL MTEYSS.

En tal sentido el MTEySS dictó el día 20/03/2020 la resolución Nro. 219/20 en el que se reglamentó la manera en la que debería ejecutarse la prestación laboral en los casos de ser posible y en qué condiciones deberían abonar los salarios los empleadores, además de contemplar algunas excepciones transitorias al régimen laboral y previsional vigente en nuestro país. Posteriormente, con fecha 01/04/2020 dicha resolución fue expresamente derogada de manera retroactiva por el DNU 279/20 y por lo tanto deberá considerarse que nunca surtió efectos.

En tal sentido, el MTEySS mediante la Resolución 279/20 dispuso que:

ARTÍCULO 1°.- *Los trabajadores y trabajadoras alcanzados por el “aislamiento social preventivo y obligatorio” quedarán dispensados del deber de asistencia al lugar de trabajo. Cuando sus tareas u otras análogas puedan ser realizadas desde el lugar de aislamiento deberán en el marco de la buena fe contractual, establecer con su empleador las condiciones en que dicha labor será realizada.*

ARTÍCULO 2°.- *Los trabajadores y trabajadoras que presten servicios en las actividades descriptas en el artículo 6 del DCNU-2020-297-APNPTE y sus reglamentaciones, serán considerados “personal esencial” en los términos de la Resolución del MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL N° 207 de fecha 16 de Marzo de 2020. La continuidad de tales actividades en estas circunstancias constituye una exigencia excepcional de la economía nacional (artículo 203, Ley de Contrato de Trabajo Nro. 20.744, T.O. 1976 y sus modificatorias).*

Mediante el art. 1 antes transcripto, el MTEySS estableció una DISPENSA de concurrir al lugar de trabajo a favor de los trabajadores alcanzados por el aislamiento obligatorio.

Como principio general, considero que dicha “dispensa” establecida en la resolución del MTEySS no debe ser interpretada como una “licencia”, si por licencia consideramos el período en el que se

suspende la obligación del trabajador de prestar servicios, ya que durante el período en el que el empleado deba cumplir el “aislamiento” estará obligado a brindar colaboración a su empleador y a cumplir con sus tareas laborales de manera “remota” o “a distancia” siempre que la actividad en la que se desempeña lo permita y así lo establezca de buena fe el empleador. La dispensa solo exime al trabajador de concurrir al lugar de trabajo habitual pero no lo exime de la obligación de cumplir de “manera remota” con sus tareas laborales. En los casos en los que los trabajadores puedan continuar prestando tareas bajo esa modalidad, tendrán derecho a percibir la remuneración mensual, normal y habitual, tal como la venían percibiendo de manera previa a la situación de aislamiento obligatorio.

Sin perjuicio de lo expuesto, debemos destacar que en determinadas condiciones la “dispensa” tiene un efecto más amplio y se asemeja al de una licencia si consideramos la situación de los trabajadores que por la naturaleza de las tareas y/o actividad desarrolladas no pueden cumplir con su debero laboral de manera remota desde el domicilio donde se encuentren cumpliendo el aislamiento.

Para estos casos, la “dispensa” prevista en el art 1 de la resolución dictada por MTEySS surte los efectos de una licencia legal, ya que suspende la obligación de prestar tareas, sin perjuicio de que el trabajador conserva el derecho a percibir el salario.

Destacamos el decreto no precisa qué se debe entender por “ingresos habituales”, y ello genera discusión sobre si corresponde también el pago de horas extraordinarias que el trabajador realiza y cobra habitualmente. En nuestra opinión, las horas extraordinarias solo deben ser abonadas en el caso de que los trabajadores las trabajen, por lo que las personas que se encuentran cumpliendo el aislamiento obligatorio y no pueden cumplir con su debero laboral, no tendrían derecho a percibir pago alguno en concepto de horas extraordinarias, aunque estas resulten habituales en periodos de actividad normal.

Finalmente, la población de trabajadores excluidos de la obligación de cumplir el aislamiento obligatorio por encontrarse afectado a una actividad de las consideradas esenciales en el marco de la emergencia sanitaria (conf. Art 6 DNU297/20 y sus reglamentaciones) se encuentran obligados a concurrir a su lugar de trabajo habitual y sus empleadores están obligados a garantizar la continuidad del servicio y garantizar las medidas de seguridad y salubridad recomendados por el gobierno nacional y las jurisdicciones locales a los efectos de minimizar la situación de contagio del Covid-19.

Con el fin de que las empresas que deban garantizar la continuidad de los servicios considerados esenciales y para mitigar el impacto que genera la crisis actual, el MTEySS implementó una leve flexibilización de las normas laborales que se explican a continuación:

A) La reorganización de la jornada de trabajo será considerada un ejercicio razonable del empleador (conf. Art 66 de la LCT – ius variandi). Ello constituye una excepción transitoria al art 66 de la LCT en cuanto habilita a la empresa que desarrolla una actividad “esencial” a modificar unilateralmente la jornada de trabajo de sus empleados con el fin de reorganizarse a los efectos de poder garantizar la continuidad de la actividad productiva y empresarial. En circunstancias normales, el empleador tiene vedado modificar la jornada de trabajo de manera unilateral, siendo la jornada de trabajo un elemento esencial del contrato de trabajo, puesto que ello implicaría un ejercicio abusivo del “ius variandi” que

habilitaría a los trabajadores a considerarse despedido de manera indirecta o interponer solicitar judicialmente el reestablecimiento de las condiciones de trabajo alteradas.

B) La necesidad de contratación de personal mientras dure la vigencia del “aislamiento social preventivo y obligatorio”, deberá ser considerada extraordinaria y transitoria en los términos del artículo 99 de la Ley de Contrato de Trabajo. En efecto, la norma contempla la posibilidad de echar mano al “contrato eventual” previsto en el art. 99 de la LCT y en los casos de nuevas contrataciones bajo esa modalidad, con las reducciones de la alícuota antes indicada. Esta modalidad no pareciera estar limitada exclusivamente a las empresa que desarrollen actividades esenciales, sin perjuicio de que consideramos que en los hechos son las únicas que podrían acudir a éste recurso, ya que resulta poco probable que las empresa que no desarrollan actividades esenciales y que están sufriendo una fuerte caída en el nivel de sus operaciones tengan la necesidad de realizar nuevas contrataciones.

Es dable destacar que la pandemia del COVID 19 es una cuestión ajena al empleador y la imposición del aislamiento obligatorio dispuesto por el Gobierno Nacional produce efectos concretos en las relaciones del trabajo y principalmente en la economía de las empresas impedidas de mantener su actividad productiva por no ser considerada esencial o debido a que en la mayoría de los casos no pueden continuar con todas sus operaciones de manera remota. Esto se ve agravado por el hecho de que debe afrontar el pago de salarios y cargas sociales sin percibir la contraprestación correspondiente de parte de los trabajadores.

En relación a la posibilidad de otorgar o adelantar vacaciones en el período de aislamiento social obligatorio podemos diferenciar la situación de los trabajadores dispensados de prestar tareas de las de los trabajadores que afectados a alguna de las actividades consideradas esenciales.

En cuanto al personal dispensado de prestar tareas por no trabajar en alguna de las actividades esenciales, opinamos que no es posible considerar los días de aislamiento como vacaciones, ya que no pueden gozar del descanso correspondiente y de alguna manera se desnaturalizaría la finalidad del instituto de las vacaciones. Asimismo, respecto de este colectivo de trabajadores existe una dispensa de origen normativo que lo habilita a no concurrir al lugar de trabajo, y que en algún sentido se superpone con el instituto de las vacaciones. Lo mismo sucede con los trabajadores dispensados de trabajar por ser considerados un grupo de riesgo conforme Resolución del MTEySS Nro 207/2020.

Distinta, aunque con una interpretación un poco forzada, es la situación de los empleados que no se encuentran exceptuados de concurrir al trabajo por desarrollar una actividad esencial. Esos empleados están obligados a concurrir al trabajo y en esos casos consideramos que el empleado si puede solicitar vacaciones y gozarlas, ya que de no hacerlo debe concurrir a trabajar necesariamente.

Este criterio que explicamos previamente, resulta defendible en virtud de lo establecido en el art. 6 de la resolución 279/2020, sin perjuicio de destacar que para efectivizar el otorgamiento de licencia anual por vacaciones, será necesario contar con la conformidad del trabajador, ya que de otro modo la empresa no podría cumplir con el preaviso de 45 días dispuesto por el art 154 de la LCT para la concesión de las vacaciones.

Adviértase que la resolución 279/20 en su artículo 6, se refiere exclusivamente a los empleados de actividades no esenciales.

El artículo 6° establece: *“La abstención de concurrir al lugar de trabajo -que implica la prohibición de hacerlo salvo en los casos de excepción previstos no constituye un día descanso, vacacional o festivo, sino de una decisión de salud pública en la emergencia, de tal modo que no podrán aplicarse sobre las remuneraciones o ingresos correspondientes a los días comprendidos en esta prohibición suplementos o adicionales previstos legal o convencionalmente para “asuetos”, excepto en aquellos casos en que dicha prohibición coincida con un día festivo o feriado previsto legal o contractualmente.”*

Es decir, que no se podrá considerar descanso o vacaciones el periodo de aislamiento obligatorio del personal no afectado a actividades esenciales, pero ninguna imposibilidad establece dicha resolución respecto de los trabajadores obligados a concurrir al lugar de trabajo por desarrollar actividades esenciales y que no están dispensados de hacerlo.

Asimismo, dicha norma indica que respecto del personal dispensado de concurrir al lugar de trabajo y durante el aislamiento obligatorio, no se deberán abonar adicionales o suplementos de origen legal o convencional previstos para los días “asuetos”. Solo deja a salvo la obligación del empleador de efectuar el pago del salario correspondiente al día festivo o feriado previsto legal o contractualmente. Consideramos que esta última referencia tiene mayor impacto en el personal jornalizado que percibe su remuneración por los días que debió haber trabajado de no mediar el aislamiento obligatorio y por los días feriados.

4. RESOLUCIÓN 21/2020 DE LA SUPERINTENDENCIA DE RIESGOS DEL TRABAJO.

En relación a la modalidad de trabajo remoto o teletrabajo propiciada por las normas dictadas en el marco del aislamiento social obligatorio, la Superintendencia de Riesgos del Trabajo se vio obligada a dictar la Resolución 21/2020 a los efectos de flexibilizar las exigencias en materia de seguridad e higiene para esta modalidad de trabajo remoto. En efecto, es dable destacar que antes de que se declarara la emergencia sanitaria y el aislamiento social obligatorio, se encontraba plenamente vigente en la Resolución de la SRT Nro 1552/12 que establecía determinados requisitos y obligaciones que se debían cumplir cuando el empleado trabajaba de manera remota como ser la entrega al empleado de: (i) silla ergonómica; (ii) extintor portátil contra incendio (matafuego de 1 kg. a base de HCFC 123); (iii) botiquín de primeros auxilios; (iv) almohadilla para ratón ("pad mouse"); y (v) Manual de Buenas Prácticas de Salud y Seguridad en Teletrabajo.

En esa resolución nada se estipulaba respecto de quien debía cubrir el costo de la conexión a internet, aunque por interpretación del art. 76 de la LCT, y respecto de los empleados que trabajan de esa manera en forma habitual se podía considerar aplicable dicha norma que establece la obligación del empleador de reintegrar los gastos en los que el empleado incurre con motivo de la prestación de tareas.

"Art. 76. -Reintegro de gastos y resarcimiento de daños.

El empleador deberá reintegrar al trabajador los gastos suplidos por éste para el cumplimiento adecuado del trabajo, y resarcirlo de los daños sufridos en sus bienes por el hecho y en ocasión del mismo".

Sin perjuicio de todo ello, con motivo de la declaración de la emergencia sanitaria y del aislamiento obligatorio, el gobierno a los efectos de promover el trabajo remoto, determino mediante la Resolución 21/2020 de fecha 16/03/2020, eximir a los empleadores, en el contexto de emergencia aludido, de cumplir con las exigencias de la Resolución 1552/12. A partir de su vigencia, los empleadores que habiliten a sus trabajadores a teletrabajar sólo deberán denunciar, ante la Aseguradora de Riesgos del Trabajo a la que estuvieran afiliados, los siguientes datos: (i) nómina de trabajadores afectados (apellido, nombre y CUIL); y (ii) domicilio donde se desempeñará la tarea y frecuencia (días y horas por semana).

En efecto, consideramos que frente a la situación de crisis que estamos atravesando y a la luz de la resolución 21/20 las empresas que organicen el trabajo de manera remota solo están obligadas a cumplir con los recaudos allí indicados.

En nuestra opinión, por ser una situación transitoria y de emergencia, la empresa no estaría obligada a reintegrar los gastos de la conexión a Internet del empleado, ya que no es la modalidad habitual de trabajo y dicho servicio no fue contratado con fines laborales, a diferencia de lo que sí podría suceder en el caso de que el trabajador fuera contratado para desempeñarse bajo esa modalidad de manera permanente.

5. DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA 329/20. PROHIBICIÓN DE DESPIDOS Y SUSPENSIONES.

La situación expuesta generó una grave crisis en las empresas desde el plano laboral y económico, con su consecuente impacto "potencial" en el nivel de empleo del sector privado.

Es por tales motivos que el gobierno nacional, implementó medidas que no compartimos por considerarlas inconstitucionales, tendientes preservar el nivel de empleo privado y en tal sentido dictó el DNU 329/20 el día 31/03/2020 mediante el cual se dispuso que durante 60 días quedan prohibidos: a) los despidos sin justa causa, b) los despidos por causa de fuerza mayor y los despidos por falta o disminución de trabajo no imputable al empleador (art 247 LCT), c) las suspensiones por causa de fuerza mayor (art 221 LCT) y las suspensiones por falta o disminución de trabajo no imputable al empleador (art 220 de la LCT). Se destaca que el DNU 329/20 establece expresamente que quedan exceptuadas de la prohibición exclusivamente las suspensiones que se pacten en los términos del art. 223 bis de la LCT. Sobre este instituto nos referiremos con posterioridad.

El plazo de 60 días de la prohibición se cuenta desde la fecha de publicación del Decreto es decir desde el 31 de marzo de 2020, es decir, que se extiende hasta el día 31 de mayo de 2020.

Dicha prohibición es de dudosa constitucionalidad porque claramente afecta derechos y garantías constitucionales contempladas en los art 14 bis y 18 de la Constitución Nacional, y por que emana de un decreto del poder ejecutivo, de jerarquía inferior a las normas que pretende alterar y/o modificar. De alguna manera establece por 60 días un régimen de estabilidad “propia” que en algún punto resulta contradictorio con el régimen de doble indemnización por despidos sin causa dispuesto por el decreto 34/2019 dictado por el mismo gobierno nacional, quedando este en la práctica y por 60 días sin efecto practico debido a la imposibilidad de despedir.

El comentario que antecede no implica considerar que el régimen de la doble indemnización se encuentra derogado, sino que es una apreciación práctica de la situación que se presenta con la prohibición de despidos sin causa.

Al margen de ello, debe tenerse presente que en el eventual caso de que una empresa despida a un trabajador por alguna de las causales no prohibidas por el Decreto 329/20 y posteriormente en sede judicial un magistrado considere que la causa invocada es improcedente, es decir que el despido se considera incausado, el juez podría declarar la nulidad o invalidez del despido por haber sido efectuado en un período de prohibición y condenar a la empresa a reinstalar al trabajador y a abonarle los salarios “caídos” hasta la fecha de la reincorporación, o en su defecto, podría decidir condenar a la empresa a abonar las indemnizaciones legales por despido sin causa (art 232, 233 y 245 LCT) con la duplicación prevista en el decreto 34/2019.

Al margen de dichas consideraciones, interpretamos que la prohibición de los despidos sin causa, no afectaría la potestad del empleador de extinguir contratos de trabajo que se encuentren en periodo de prueba y en los términos del art. 92 bis de la LCT. En sentido similar, los despidos con invocación de justa causa en los términos del art. 242 LCT no están alcanzados por la prohibición.

Finalmente, destacamos que la extinción del vínculo laboral dispuesto por la empresa con motivo del agotamiento del plazo del contrato a plazo fijo (art. 93 y siguientes de la LCT) o por haber cesado la causa que justificó la contratación bajo la modalidad de contrato eventual (art. 99 y siguientes y Ley 24.013) tampoco se ve afectada por la prohibición dispuesta por el DNU 329/20.

6. DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA 332/20. PROGRAMA DE ASISTENCIA DE EMERGENCIA AL TRABAJO Y LA PRODUCCIÓN.

En el contexto de crisis que atraviesa el sector privado, el poder ejecutivo nacional mediante Decreto 332/20 dictado el día 01/04/2020 implementó el programa denominado: “Programa de Asistencia de Emergencia al Trabajo y la Producción para empleadores y trabajadores afectados por la emergencia sanitaria”, con el fin de mitigar la grave crisis económica principalmente de aquellas pequeñas y medianas empresas cuyas actividades e ingresos se han visto seriamente afectados en virtud del aislamiento preventivo y obligatorio vigente.

Con tal objeto, se dispuso que aquellos empleadores que cumplan los requisitos dispuestos en dicho decreto, podrán acceder a una serie de beneficios que se detallan a continuación:

a) Postergación del pago de las contribuciones patronales al Sistema Integrado Previsional Argentino, que se encuentra sujeto a reglamentación de AFIP.

b) Reducción de hasta el 95% del pago de las contribuciones patronales al Sistema Integrado Previsional Argentino, que se encuentra sujeto a reglamentación de AFIP.

c) Asignación Compensatoria al Salario: Asignación no remunerativa abonada por el Estado para todos los trabajadores en relación de dependencia del sector privado, comprendidos en el régimen de negociación colectiva en los términos de la Ley 14.250, para empresas de hasta 100 trabajadoras y trabajadores. Es decir, que el beneficio se limita al personal encuadrado bajo un convenio colectivo de trabajo.

d) REPRO Asistencia por la Emergencia Sanitaria: Suma no remunerativa abonada por el Estado para los trabajadores en relación de dependencia del sector privado, comprendidos en el régimen de negociación colectiva en los términos de la Ley 14.250 en empleadores que superen los 100 trabajadores y trabajadoras. Es decir, que el beneficio se limita al personal encuadrado bajo un convenio colectivo de trabajo.

e) Sistema integral de prestaciones por desempleo: trabajadores que reúnan los requisitos previstos en los artículos 113 y 114 de la ley 24.013 accederán a una prestación económica por desempleo conforme las consideraciones estipuladas en el Artículo 11 del presente Decreto.

• **Los sujetos alcanzados y los requisitos para su obtención:**

Conforme lo establece la el decreto bajo análisis, el universo de empleadores al que están destinados en su gran mayoría los beneficios que se pretenden implementar, se encuentra limitado a las empresas que emplean a menos de 100 empleados. Para el resto de los empleadores, es decir con 100 empleados o más, el acceso a alguno de los beneficios resulta más restrictivo.

El decreto establece requisitos generales que se deben cumplir para aplicar a alguno de los beneficios que dispone. Asimismo, el decreto también establece respecto de cada beneficio en particular, requisitos o condiciones específicas que deben cumplir las empresas.

En tal sentido destacamos que los REQUISITOS GENERALES es se encuentran enumerados en el art. 3 del decreto y son los siguientes:

a) las actividades económicas que desarrolla la empresa deben haber sido afectadas en forma crítica en las zonas geográficas donde se desarrollan.

b) las empresas deben contactar en sus nominas con trabajadores contagiados por el COVID 19 o en aislamiento obligatorio o con dispensa laboral por estar en grupo de riesgo u obligaciones de cuidado familiar relacionadas al COVID.-

c) las empresas deberán acreditar una sustancial reducción en sus ventas con posterioridad al 20 de marzo de 2020.

Cabe destacar que la normativa establece claramente que las empresas solicitantes no deberán cumplimentar todos y cada uno de los requisitos antes enumerados, sino que podrán gozar de los beneficios “en la medida en que den cumplimiento con uno o varios de los siguientes criterios”. (Conforme lo establece expresamente el art. 3).

- **Sujetos excluidos:**

El artículo 4 del decreto establece los sujetos o empresas que se encuentran excluidos e imposibilitados de acceder a las prestaciones que el mismo otorga.

En tal sentido el art. 4 dispone:

“ARTÍCULO 4°.- Se encuentran excluidos de los beneficios del presente decreto aquellos sujetos que realizan las actividades y servicios declarados esenciales en la emergencia sanitaria y cuyo personal fue exceptuado del cumplimiento del “aislamiento social, preventivo y obligatorio”, conforme las prescripciones del artículo 6° del Decreto N° 297/20 y de la Decisión Administrativa N°429/20 y sus eventuales ampliaciones, así como todas aquellas otras que sin encontrarse expresamente estipuladas en las normas antedichas no exterioricen indicios concretos que permitan inferir una disminución representativa de su nivel de actividad”.

En efecto, aquellas empresas y/o empleadores que realizan actividades esenciales y se encuentran exceptuados del aislamiento (conforme art. 6 DNU 260 y ampliación) están excluidas del programa que implementa el Decreto 332/20, sin perjuicio de las críticas que ello puede merecer, toda vez que aun las empresas que continúan operando en la práctica han sufrido una importante disminución del nivel de actividad y de operaciones habituales.

- **Beneficios otorgados por el Programa. Requisitos particulares.**

Conforme lo mencionado “ut supra”, para la obtención de los beneficios establecidos por el decreto, además de los requisitos generales antes explicados, se debe cumplir requisitos o condiciones específicas o particulares según el beneficio del que se trate. A continuación se analizarán cada una de los beneficios y los requisitos dispuestos para acceder a cada uno de ellos:

- **Postergación y/o disminución de las cargas sociales de la Seguridad Social a cargo de los empleadores.**

A los fines de dar alivio a las empresas que no pueden afrontar el pago de las cargas sociales, el art. 6 presenta una serie de beneficios para aquellas empresas que cumplan con los requisitos establecidos en los art. 3 además de los particulares que se estipulan a continuación. Los mismos consisten en:

a) Postergación de los vencimientos para el pago de las contribuciones patronales al Sistema Integrado Previsional Argentino.

b) Reducción de hasta el NOVENTA Y CINCO POR CIENTO (95 %) de las contribuciones patronales al Sistema Integrado Previsional Argentino devengadas durante el mes de abril del 2020.

Cabe destacar que el beneficio establecido en el inciso B (reducción de las contribuciones) solo será accesible para aquellos empleadores que cuenten con una nómina de hasta 60 empleados. Para aquellos que superen dicho número de dependientes, deberán previamente dar inicio al procedimiento preventivo de crisis establecido en la ley 24.013.-

Siguiendo con las cuestiones referentes a dichos beneficios vinculados a la Seguridad Social, el art. 8 de la norma en análisis instruye a la AFIP (órgano competente y encargado de la recaudación de las sumas correspondientes al seguridad social) a disponer vencimientos especiales para el pago de las contribuciones patronales al Sistema Integrado Previsional Argentino devengadas durante los meses de marzo y abril del año en curso, y facilidades para el pago de las mismas.

Este punto tiene vinculación con lo establecido en el decreto 297/2020 que suspende la aplicación del pago de sumas no remunerativas (resolución 219/29 MTEySS derogado) de aquellos empleados que, cumpliendo con el asilamiento obligatorio no pudiesen realizar sus labores mediante el sistema de teletrabajo ("home office). De un análisis armónico de ambas normas, se entiende que todas las sumas devengadas por los dependientes durante el mes de marzo de 2020, sin importar si los mismos asistieron a prestar tareas o no, tendrá carácter de remunerativas, por lo que se deberá abonar al respecto las correspondientes CCSS, pudiendo en caso de cumplir con los requisitos de la presente normativa, acceder a las prórrogas o financiamiento que el fisco oportunamente otorgue.-

• **Asignación Compensatoria para pago de sueldos:**

Otro de los beneficios que se establecen a través del Programa de Asistencia de Emergencia al Trabajo y la Producción consiste en una "**ASIGNACIÓN COMPENSATORIA**" (ART 9), la cual consiste en una suma no remunerativa abonada por la ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL para todos o parte de los trabajadores comprendidos en el régimen de negociación colectiva en empresas de hasta 100 trabajadores que cumplan con los requisitos previamente mencionados.-

El monto de la asignación se determina de acuerdo a los siguientes parámetros:

a) Para los empleadores de hasta 25 trabajadores: 100% del salario neto, **con un valor máximo de UN (1) Salario Mínimo Vital y Móvil vigente**. Dicho monto asciende a la suma de \$ 16.875

b) Para los empleadores de 26 a 60 trabajadores: 100% del salario neto, con un valor máximo de hasta un 75% del Salario Mínimo Vital y Móvil vigente. El mismo sería una suma de \$12.656

c) Para los empleadores de 61 a 100 trabajadores: 100% del salario neto, con un valor máximo de hasta un 50% del Salario Mínimo Vital y Móvil vigente, lo cual asciende a \$ 8.437.50

Esta Asignación se considerará a cuenta del pago de las remuneraciones del personal afectado, por lo que correrá por cuenta del empleador el pago de la suma restante hasta alcanzar el saldo de la remuneración abonada a los dependientes de manera habitual.

La normativa es clara respecto a que el saldo a abonar por el empleador se considerará remuneración a todos los efectos legales y convencionales. En consecuencia, se deberán abonar los aportes patronales y retener las contribuciones de los trabajadores.

Para el caso que las empresas que accediesen a dicho beneficio suspendieran sus labores y pactasen un acuerdo en los términos del art. 223 bis de la LCT, la asignación se disminuirá en un 25 % pero podrá ser tomada como parte de pago de prestación no remunerativa pactada.-

- **REPRO: Asistencia por la Emergencia Sanitaria**

Para aquellas empresas que por no cumplir con los requisitos no se encuentren alcanzados en el art. 8 es decir, que superen una nómina de 100 empleados, el art. 9 de la norma establece la posibilidad de solicitar a través del programa REPRO una asignación no contributiva a cargo del MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL, la cual tendrá un mínimo de \$6.000 y un máximo de \$10.000.

- **Sistema integral de prestaciones por desempleo:**

Otro de los beneficios otorgados, esta vez dirigidos específicamente a las personas que se encuentren desempleadas, consiste en elevar los montos de las prestaciones económicas por desempleo a un mínimo de \$6.000 y un máximo de \$10.000. Cabe destacar se mantienen todos los requisitos establecidos en la ley 24.013 a los fines de la obtención de dicha prestación.-

En lo que hace a las cuestiones de fondo para acceder a los beneficios establecidos en el decreto en análisis, el artículo 11 de la norma establece que los empleados que desearan acogerse a los beneficios otorgados deberán acreditar ante el AFIP, la nómina del personal alcanzado y su afectación a las actividades alcanzadas. Estimamos conveniente también la presentación de toda la documentación que respalde que a empresa se encuentra dentro de los sujetos alcanzados establecidos en el art. 3

Una vez presentado, El MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL Considerará la información y documentación remitidas por la empresa y podrá relevar datos adicionales que permitan ampliar y/o verificar los aportados inicialmente y solicitar la documentación que estime necesaria. Asimismo, también Podrá disponer la realización de visitas de evaluación a la sede del establecimiento, a efectos de ratificar y/o rectificar conclusiones.-

En cuanto su vigencia, el presente decreto resultará de aplicación al período comprendido entre el 20 de marzo y el 30 de abril de 2020, inclusive, pudiendo este ser prorrogado por la JEFATURA DE GABINETE DE MINISTROS y entrará en vigencia el día siguiente al de su publicación en el BOLETÍN OFICIAL.-

7. OTRAS ACCIONES DE POSIBLE IMPLEMENTACIÓN POR PARTE DE LAS EMPRESAS PARA MORIGERAR LOS EFECTOS DE LA CRISIS. INSTITUTOS PREVISTOS EN LA LEY DE CONTRATO DE TRABAJO.

Sin perjuicio de las disposiciones dictadas con motivo de la crisis generada por la pandemia del COVID-19 y las herramientas normativas que pone a disposición, debemos destacar que las normas recientemente dictadas no impiden la aplicación de los diferentes institutos contemplados por el régimen legal laboral argentino (con excepción de las prohibiciones estipuladas por el DNU 329/20 comentado “ut supra”). Es por ello que resultan de aplicación las normas vigentes que son de utilidad para las empresas en situación de crisis, puesto que les permiten tomar determinadas medidas respecto de los trabajadores en el contexto actual.

Algunas medidas de posible adopción son las que explicamos a continuación:

• **SUSPENSIONES POR CAUSA DE FUERZA MAYOR.**

Las suspensiones en el régimen laboral argentino se encuentran limitadas a determinadas causales que la Ley de Contrato de Trabajo contempla expresa y taxativamente (conf. Art 218 y siguientes de la LCT). Las causas que la LCT considera justificadas son: a) falta o disminución de trabajo no imputable al empleador, b) razones disciplinarias, c) fuerza mayor debidamente comprobada y d) suspensión preventiva frente a una denuncia criminal al empleado.

Las causales “falta o disminución de trabajo” y “fuerza mayor” son las que se vinculan directamente a la situación de crisis de las empresas.

En tal caso, consideramos que actualmente estamos frente a una situación de fuerza mayor como lo es la pandemia del COVID-19 ya que es una situación que la empresa no pudo prever y que a aun previéndola no la podría haber evitado. En nuestra opinión consideramos que existe consenso de los abogados laboristas sobre este punto.

Es así que la LCT habilita a las empresas en crisis como las que actualmente nos afecta, a suspender a los trabajadores invocando la causa de Fuerza Mayor prevista en la LCT.

En tal sentido, destacamos que en circunstancias normales existen dos maneras de instrumentar dicha suspensión por causa de fuerza mayor:

A) Suspensión unilateral e inconulta por causa de fuerza mayor dispuesta en los términos del art. 221 de la LCT. (Actualmente prohibida de manera transitoria por el DNU 329/2020).

En tal sentido el art. 221 de la LCT dispone lo siguiente:

“Las suspensiones por fuerza mayor debidamente comprobadas podrán extenderse hasta un plazo máximo de setenta y cinco (75) días en el término de un (1) año, contado desde la primera suspensión cualquiera sea el motivo de ésta.

En este supuesto, así como en la suspensión por falta o disminución del trabajo, deberá comenzarse por el personal menos antiguo dentro de cada especialidad.

Respecto del personal ingresado en un mismo semestre, deberá comenzarse por el que tuviere menos cargas de familia, aunque con ello se alterase el orden de antigüedad”.

Debemos considerar que en determinadas situaciones previstas en el art. 98 de la ley 24.013, la tramitación del procedimiento preventivo de crisis resulta un presupuesto legal requerido para que resulte válida la suspensión o el despido por causa de fuerza mayor. El procedimiento preventivo de crisis se encuentra regulado en los art 98 a 105 de la Ley N°24.013, Decretos N°328/88, 265/02 y Decreto N°2.072/94.

De acuerdo a la situación que se presenta actualmente, como lo es la pandemia del COVID-19, entendemos que no existen dudas que estamos frente a una situación excepcional y de fuerza mayor, que habilitaría a encuadrar las suspensiones en el caso del art. 221 de la LCT.

Sin perjuicio de ello, destacamos que la posibilidad de suspender o despedir por razones de fuerza mayor ha sido prohibida por el DNU 329/20 de 31/03/2020 por el término de 60 días, motivo por el cual la posibilidad de recurrir a la aplicación del art. 221 de la LCT se encuentra transitoriamente imposibilitada. Ello sin perjuicio de dejar a salvo nuestra opinión respecto de que dicha prohibición resulta inconstitucional por los motivos “ut supra” expuestos.

Por tal motivo, y en virtud del DNU 329/2020, a los efectos de suspender al personal solo queda abierta la posibilidad de recurrir a la aplicación del art. 223 bis de la LCT.

B) Suspensión por causa de fuerza mayor consensuada con el Sindicato o individualmente, abonando una asignación no remunerativa en los términos del art 223 bis de la LCT.

Este tipo de suspensiones generalizadas del personal se encuentran previstas en el art 223 bis de la LCT y deben estar justificadas en causa de fuerza mayor o en falta o disminución de trabajo. Las mismas deben ser acordadas con el Sindicato representativo de los trabajadores o con los trabajadores de manera individual, e implica una carga para la empresa, que es el pago a favor de los trabajadores de una asignación no remunerativa mientras duren las suspensiones.

En tal sentido el art. 223 bis de la LCT establece que:

“Se considerará prestación no remunerativa las asignaciones en dinero que se entreguen en compensación por suspensiones de la prestación laboral y que se fundaren en las causales de falta o disminución de trabajo, no imputables al empleador, o fuerza mayor debidamente comprobada,

pactadas individual o colectivamente 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. Sólo tributará las contribuciones establecidas en las Leyes Nros. 23.660 y 23.661".

Este tipo de acuerdo de suspensiones que necesariamente debe ser fundado en causa de fuerza mayor o falta o disminución de trabajo, en principio pueden extenderse por 75 días (por aplicación analógica del art. 221 LCT), aunque consideramos que al ser pactado con el sindicato o con los trabajadores de manera individual, dicho plazo podría superarse siempre que ello resulte razonable y responsa a la causal invocada para justificar las suspensiones.

Los requisitos formales e ineludibles que requiere la implementación de suspensiones en los términos del art. 223 bis LCT para ser validas son:

- a) Requiere la celebración de un acuerdo por escrito.
- b) El acuerdo debe ser celebrado con el Sindicato o con los trabajadores de manera individual.
- c) Se debe invocar una justificación como ser: 1) causa de fuerza mayor o 2) falta o disminución de trabajo.
- d) En el acuerdo se debe pactar el pago de una asignación no remunerativa a favor de los trabajadores mientras dure la suspensión.
- e) El acuerdo, ya sea que se hubiese celebrado con el sindicato o con los trabajadores de manera individual, debe encontrarse homologado por el MTEySS.
- f) El empleador debe integrar las contribuciones con destino a la obra social conf. Ley 23.660 y 23.661.

En la práctica lo que sucede es que el MTEySS incurre en importantes demoras (varios meses) en darle tratamiento a dichos acuerdos y homologarlos, motivo por el cual en general las empresa aplican las suspensiones con la sola celebración del acuerdo y sin esperar la homologación de la autoridad de aplicación.

Destacamos que si bien ello podría generar una contingencia frente a AFIP que es la titular del crédito en concepto de aportes y contribuciones a la seguridad social que se dejan de pagar e ingresar con motivo del acuerdo y del pago "no remunerativo" derivado del mismo, considero que si el acuerdo se celebra siguiendo pautas razonables y si la suspensión se encuentra debidamente justificada como sería el caso de la fuerza mayor que es de público conocimiento, el MTEySS aun con la dilación indicada no debería realizar ninguna observación a la validez del acuerdo y debería proceder a su homologación.

Si bien no se encuentra estipulado a cuánto debe ascender la asignación no remunerativa que se le pagara a los trabajadores, nuestra experiencia nos indica que en general se paga el entre el 70% y 75% del sueldo bruto de los empleados y ello suele ser aceptado por los sindicatos, puesto que el trabajador percibirá un ingreso neto similar al que le quedaría si del sueldo bruto se descuentan los aportes con

destino a los organismos de la seguridad social. No obstante, frente a la crisis sin precedente que estamos atravesando, consideramos que podría pactarse un porcentaje aun menor. Ello estará librado a la libertad de negociación entre la empresa y el sindicato, con el objetivo de mitigar la crisis y evitar despidos, puesto que la norma no establece limitaciones ni brinda parámetros para establecer el porcentaje de la asignación no remunerativa.

Sin perjuicio de destacar la plena vigencia del art. 223 bis de la LCT, no podemos dejar de mencionar que actualmente la negociación de éste tipo de suspensiones en ocasiones se verá perjudicada por el hecho de que se encuentra vigente la prohibición de los despidos por 60 días, y ello impide a la empresa utilizar como una herramienta de negociación la posibilidad de implementar despidos a los efectos de lograra arribar a un acuerdo de suspensiones con rebaja de salario (como asignación no remunerativa) para sus representados, cuando lo cierto es que sus representados no tienen nada que perder en el contexto actual, ya que si no llegan a un acuerdo, la empresa unilateralmente n puede ni suspenderlos ni despedirlos por causa de fuerza mayor ni despedirlos si invocación de causa hasta el día 29/05/2020. Sin perjuicio de la dificultad que presenta la coyuntura, consideramos que las entidades gremiales deberán prestar colaboración a las empresas en el marco de la buena fe negocial, a los efectos de velar por la continuidad de éstas y por el mantenimiento de las fuentes de trabajo con posterioridad al 29/05/2020.

Una complicación adicional que presenta esta alternativa en el contexto actual en el que se encuentra vigente la prohibición de circular derivada del aislamiento social obligatorio vigente hasta el 12 de abril de 2020, es la dificultad de instrumentar el acuerdo con los representantes del sindicato y presentarlo ante el MTEySS.

Al respecto, considero que si ello significara una dificultad para la empresa que lo pretende implementar, esta podría superarse transitoriamente si las partes intercambian un scan del acuerdo firmado o la suscriben a través de alguna plataforma digital, mediante firma electrónica o digital. En caso de no contar con esas herramientas, algún representante del sindicato y de la empresa deberían firmarlo de manera presencial, para luego que el mismo al ser presentado ante el MTEySS para su homologación, sea ratificado por las partes.

Si bien lo más seguro es contar con el acuerdo en soporte papel, dada la situación excepcional que se está atravesando, consideramos que la metodología de instrumentación de manera digital permitiría superar el obstáculo en este momento de aislamiento obligatorio.

En cuanto a la presentación ante el MTEySS podría posponerse hasta que finalice el periodo de aislamiento obligatorio (ya que dicho organismo no está funcionando de manera presencial) u otra opción será presentarlo de manera excepcional mediante la plataforma de Trámites a Distancia (TAD). De todos modos, al encontrarse suspendido el curso de los procedimientos administrativos conforme lo dispuesto por el DNU 327/20 (que prorroga el DNU 297/20), entendemos que la presentación no será considerada hasta que se levante la suspensión.

Otra aclaración es que el art. 223 bis de la LCT también contempla los acuerdos individuales con los trabajadores. Entiendo que esta sería la manera de acordar una suspensión con el pago de la asignación no remunerativa, con los empleados que no están agremiados, aplicándose los mismos requisitos de validez previamente explicados.

• **NOVACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO**

Otra opción a la que pueden recurrir las empresa es acordar con los trabajadores de manera individual una “novación transitoria” del contrato de trabajo, pactando una reducción de la jornada laboral con la consecuente reducción proporcional del salario.

Esta medida permitiría adaptar el volumen de horas de trabajo de los trabajadores a las necesidades actuales necesidades de la empresa y generaría un importante ahorro en cuanto al monto de salarios y cargas sociales. Requerirá de colaboración de parte de los empleados a los efectos contribuir a la continuidad de la empresa y la preservación de la fuente de trabajo más allá de la fecha en la que finalice la prohibición de despedir dispuesta por el DNU 329/20.

Atento a que la jornada laboral y el salario constituyen elementos esenciales del contrato de trabajo, la empresa no puede modificarlos de manera unilateral, puesto en tal caso se expone a que su conducta sea considerada un “ejercicio abusivo del ius variandi” conforme lo indica el art. 66 de la LCT, lo cual habilitaría a los empleados afectados a: 1) Considerarse despedido de manea indirecta y reclamar las indemnizaciones legales “duplicadas” en un juicio laboral, 2) Interponer un acción judicial (amparo) sumarísima tendiente a que un juez ordene a la empresa restituir las condiciones de contratación previas a la modificación.

Tale dificultades se superan, con la firma de un convenio o acuerdo mediante el cual el trabajador preste conformidad y acepte el cambio de la jornada laboral y la reducción proporcional del salario, en virtud de que en ese no podría considerarse que la medida fue adoptada unilateralmente por el empleador, sino que se podría acreditar que fue consensuado y acordado con el empleado en el contexto de crisis.

La manera de instrumentar este tipo de acuerdos no requiere una solemnidad en particular, sino que basta con que se efectúe por escrito y respetando principios generales de los contratos, esto es, que tenga fecha y firma de las partes.

Una complicación que se presenta en la situación de aislamiento social obligatorio actual, es la imposibilidad de que la empresa y el empleado se reúnan para suscribir el acuerdo, motivo por el cual consideramos que esa dificultad podría ser superada (de manera excepcional) si el acuerdo es enviado a los empleados de manera individual a sus correos o a alguna plataforma digital de notificaciones, y que los empleados ya sea por correo con firma digital o mediante la plataforma digital con la que cuente la empresa, acepten el acuerdo de manera expresa.

Si bien lo más seguro es contar con el acuerdo en soporte papel, dada la situación excepcional que se está atravesando, consideramos que la metodología de instrumentación de manera digital permite superar el obstáculo en este momento de aislamiento obligatorio.

El riesgo que presenta esa forma de instrumentar consiste en que en el futuro, el trabajador niegue haber aceptado el acuerdo de novación contractual y reclamen diferencias salariales, y en ese caso será una cuestión de hecho y prueba, es decir, la empresa deberá probar en un eventual juicio que el empleado aceptó y firmó de manera digital o electrónica el acuerdo. Consideramos que, el sentido común nos permite considerar que en el contexto actual, existirá razonabilidad de parte de los jueces al momento de valorar y decidir sobre la validez de estos acuerdos de novación transitoria del contrato del contrato de trabajo.

8. CONSIDERACIONES FINALES

Mediante el presente documento hemos efectuado una recopilación de las principales normas dictadas en el contexto de la emergencia sanitaria y aislamiento social obligatorio decretado con motivo de la pandemia del COVID 19 y que tienen un fuerte impacto en el ámbito de las relaciones del trabajo. En tal sentido, se han analizado los decretos y resoluciones emanados del Gobierno Nacional que fueron publicados hasta el día 3 de abril de 2020. Dejamos a salvo nuestra opinión sobre la dudosa constitucionalidad de muchas de las normas dictadas en este contexto extraordinario que estamos atravesando. Sin perjuicio de ello, destacamos que la situación actual resulta extremadamente dinámica motivo por el cual el presente artículo podría sufrir modificaciones y actualizaciones frente al dictado de nuevas normas.



Jose Luis Zapata

ZapataJ@eof.com.ar



Ignacio A. Castiglione

CastiglioneI@eof.com.ar



Nicolás Baglieri

BaglieriN@eof.com.ar