

El COVID-19 como enfermedad profesional no listada. Análisis del DNU 367/20 y sus implicancias

por Ramiro R. Ruiz Fernández¹

1.- Necesidad y urgencia de su reconocimiento

El COVID-19 -como todos sabemos- es una enfermedad nueva causada por un virus, y por ello, obviamente, no se encontraba contenida en el listado previsto que el sistema de la LRT.

Ante la necesidad de dar una respuesta al creciente reclamo de cobertura de los trabajadores expuestos al riesgo de contraer la enfermedad, se dictó el DNU 367/20, sancionado el 13/04/20 y publicado el 14/04/20.

En sus considerandos se explicita la razón de su dictado: *"...en atención a las consecuencias socioeconómicas resultantes de la propagación del coronavirus, se estima necesario formular e implementar de inmediato políticas laborales y de seguridad social coordinadas para tutelar la salud de los trabajadores y las trabajadoras con riesgo de exposición al virus SARS-CoV-2, por el hecho o en ocasión de su desempeño laboral, realizado en ejercicio de la dispensa de aislamiento precedentemente aludida"*.

La nueva norma no incluyó la enfermedad en el listado, optando por la creación de un mecanismo *ad hoc* para el reconocimiento del COVID-19 como enfermedad profesional, por medio de un procedimiento especial y específico².

2.- Las normas de la OIT

Los Considerandos del DNU 367/20 refieren expresamente al documento: *"Las normas de la OIT y el COVID-19 (coronavirus)"* del 23/03/2020 (publicado el 27/3/2020)³. Tal circunstancia es de gran relevancia por cuanto se alude expresamente a las directrices del organismo internacional.

¹ Abogado litigante desde el año 2000 hasta la actualidad, con desempeño profesional en la atención de trabajadores y asociaciones sindicales. Especialista en Derecho del Trabajo con título otorgado por la Carrera de posgrado en Derecho del Trabajo de la Universidad Nacional de Rosario. Asociado fundador y actual Vicepresidente de la Filial Rosario de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y Seguridad Rosario. Participante de numerosas actividades académicas de Derecho Laboral como expositor. Autor de publicaciones en revistas y obras de derecho procesal laboral y derecho del trabajo.

² El nuevo procedimiento difiere del "ordinario" de inclusión de enfermedades no listadas establecido en el art. 6 de la LRT, apartados 2 b y c (cfr. D 1278/00). La diferencia fundamental radica en que la resolución de cobertura es dictada por la CMC en forma originaria.

³ Se puede consultar el documento completo en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_739939.pdf

No es ocioso recordar el concepto de enfermedad profesional de la OIT conforme lo establecido en el Convenio 155 sobre Seguridad y Salud de los Trabajadores, su Protocolo de 2002 y el Convenio 187 Marco Promocional para la Seguridad y Salud en el Trabajo de 2006, ratificados por las leyes 26.693 y 26.694 respectivamente.

Conforme la OIT, la expresión enfermedad profesional designa *toda enfermedad contraída por la exposición a factores de riesgo que resulte de la actividad laboral*. La amplitud de este concepto resulta una herramienta útil para combatir interpretaciones restrictivas de la cobertura de patologías relacionadas con el trabajo.

3.- El punto de partida del DNU 367/20

El punto de partida y presupuesto del DNU 367/20 es el trabajo realizado en excepción al "*aislamiento social preventivo y obligatorio*" (ASPO) conforme su establecimiento por DNU 297/20 y sus sucesivas prórrogas por DNU 325/20, 365/20, 408/20, y 459/20.

Su vigencia es retroactiva y se aplica -conforme lo establece su art. 7- a aquellas contingencias cuya primera manifestación invalidante se haya producido a partir de la entrada en vigencia del DNU 297/20 en fecha 19 de marzo de 2020⁴.

4.- ¿“Esenciales” o “exceptuadas”?

Desde el comienzo del ASPO han existido distintos mecanismos implementados para establecer cuáles son los trabajadores exceptuados de la regla de "*abstenerse de concurrir a sus lugares de trabajo*", universo que ha ido ampliándose gradualmente. Podemos diferenciar entre las excepciones:

- las primigenias establecidas en el art. 6 del DNU 297/20;
- las diversas ampliaciones efectuadas mediante Decisiones Administrativas del Jefe de Gabinete de Ministros;
- las ampliaciones decididas por Decisiones Administrativas del Jefe de Gabinete de Ministros a pedido de los Gobernadores y el Jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires GCABA;

⁴ Conforme lo establecido al 19/03/20 por informe del Ministerio de Salud de la Nación el total de los casos confirmados era 158 y los fallecidos eran 3 en virtud de lo cual en la actualidad casi todos los casos de contagios COVID19 se encuentran en el ámbito de aplicación del DNU 367/20. <https://www.argentina.gob.ar/coronavirus/informe-diario/marzo2020>

- las ampliaciones resueltas directamente por los gobiernos locales cuando se verifican ciertos presupuestos epidemiológicos.

En virtud del diferente contenido de la normativa de emergencia y la progresiva habilitación de actividades -las últimas decididas en determinadas unidades geográficas por decisiones provinciales-, existe una importante cuestión sobre la cual debemos reparar para delimitar el ámbito de aplicación del DNU 367/20.

Se trata de la referencia expresa de la normativa sobre COVID-19 como enfermedad profesional a la *esencialidad* de las tareas realizadas en excepción del ASPO.

En efecto, el DNU 367/20 consagra la existencia de una "*presuntiva enfermedad profesional -no listada-*" en favor de "*las y los trabajadores dependientes excluidos mediante dispensa legal y con el fin de realizar actividades declaradas esenciales por el Decreto N° 297/20 y sus normas complementarias*" (art. 1°). A su vez la Resolución SRT 38/20 -reglamentaria del DNU- refiere en su art. 1 sobre requisitos de la denuncia, a la constancia otorgada por el empleador "*a los efectos de la certificación de afectación laboral al desempeño de actividades y servicios declarados esenciales*".

La *esencialidad* de los servicios se encuentra expresamente contemplada en el art. 6 del DNU 297/20 y en las ampliaciones dispuestas por DA JGM 429/20, 450/20, 467/20, 468/20, y 490/20. Pero en las ampliaciones posteriores -aquellas decididas dentro del mecanismo del Decreto 355/20 (DA JGM 524/20; DA JGM 607/20; DA JGM 622/20; y DA JGM 625/20) y las decididas localmente conforme los DNU 408/20 y 458/20-, no se establece esencialidad alguna en los servicios exceptuados.

Ahora bien, sostenemos que la *esencialidad* de la tarea no resulta un parámetro válido para determinar la inclusión del COVID-19 como enfermedad profesional y la consecuente aplicación del DNU 367/20.

Debe repararse en que el carácter *esencial* de los servicios no puede depender de la inclusión textual de esa palabra en la norma, siendo difícil encontrar esta característica en algunas de las actividades excepcionadas⁵ y pudiendo ser atribuida a actividades que aún no han sido restablecidas en su plenitud⁶.

Lo relevante entonces es la *excepción* del ASPO que expone al trabajador al riesgo de contagio por el hecho o en ocasión del trabajo.

Con la salvedad de los trabajadores de la salud que además del contacto social se encuentran expuestos particularmente al contagio, lo cierto es que el riesgo proviene

⁵ Recordemos que el art. 6 del DNU 297/20 incluía entre las actividades declaradas esenciales a las ferreterías lo que habla a las claras de que la habilitación estatal obedece a distintos parámetros no siempre relacionados con la necesidad e importancia de los servicios.

⁶ A modo de ejemplo destacamos que a la fecha del presente aún no se ha restablecido en su gran mayoría la actividad del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe.

de la realización efectiva de las tareas y no tiene necesariamente relación con su mayor o menor importancia.

El contacto social implica una mayor exposición al virus y por ende las actividades que involucran mayor contacto humano generan mayor riesgo de contraer la enfermedad independientemente de la trascendencia de la actividad.

Finalmente, señalamos que el DNU 367/20 y la Resolución SRL 38/20 refieren en sus normas a tareas realizadas durante la dispensa al ASPO conforme lo establecido en el DNU 297/20 “y normas complementarias” y por ende cabe entender que dentro de estas normas complementarias se incluyen aquellas decididas por todos los mecanismos antes descriptos, sea por excepciones nacionales o locales.

5.- Categorías de trabajadores del DNU 367/20

El DNU 367/20 diferencia dos clases de trabajadores con regímenes distintos.

Por un lado se encuentran los trabajadores *exceptuados del ASPO* y luego existe un tratamiento específico para los *trabajadores y trabajadoras de la salud*.

Todos gozan de la inclusión inicial establecida por su art. 1° conforme la cual se presume la existencia de una enfermedad profesional no listada hasta el pronunciamiento de la CMC.

No se trata de una verdadera presunción, sino de una suerte de “*medida cautelar de fuente legal*”⁷ que determina la cobertura obligatoria de la contingencia *ab initio* por parte de las ART y EA, previa denuncia del infortunio y presentación de diagnóstico realizado por entidad autorizada, conforme lo dispuesto en la Resolución SRT 38/20.

En cualquier caso, la determinación definitiva como enfermedad profesional debe ser resuelta *originalmente* por la por la CMC y la generación de esta *cobertura cautelar* regirá mientras dure el ASPO ordenado por el DNU 297/20 y sus prórrogas⁸.

Los trabajadores pertenecientes al primer grupo -esto es todos menos los de salud- gozan de esta “presunción” pero aun así deben acreditar ante la CMC “*la imprescindible y necesaria relación de causalidad directa e inmediata de la enfermedad denunciada con el trabajo efectuado en el referido contexto de dispensa del deber de aislamiento social, preventivo y obligatorio*” (art. 3 del DNU 367/20).

Sin embargo dada la dificultad probatoria del hecho del contagio, el mismo art. 3 se encarga de consagrar una verdadera presunción disponiendo que la CMC *puede* determinar la inversión de la carga de la prueba a favor del trabajador:

⁷ *El limitado reconocimiento del coronavirus como enfermedad profesional*. Autor: Machado, José Daniel. Cita: RC D 1619/2020

⁸ A la fecha del presente la última de ellas ha sido establecida por DNU 459/20 hasta el 24/05/20.

- cuando se constate la existencia de un *número relevante* de infectados en un establecimiento determinado en el que tuvieron cercanía o posible contacto (criterio de la infección colectiva),

o

- cuando se demuestren *otros hechos reveladores* de la probabilidad cierta de que el *contagio* haya sido *en ocasión* del cumplimiento de las tareas desempeñadas (por ejemplo cuando existe una importante exposición al contagio por la realización las tareas en contacto con muchas personas).

No obstante que la inversión de carga de la prueba se establece como "facultad" de la CMC, no albergamos dudas de que *debe* operar cuando se verifique alguno de los supuestos de hecho establecidos en la norma.

El fundamento de la presunción radica en que la prueba precisa del contagio de COVID-19 es casi imposible por su particular mecánica de contagio y por ende el hecho preciso por el cual la enfermedad se contrae será de ordinario indeterminable e inacreditable.

En consecuencia la prueba del carácter profesional de la enfermedad COVID19 será efectuada casi sin excepción mediante las presunciones legalmente establecidas que acreditan el probable contagio por el hecho o en ocasión del trabajo.

El segundo grupo previsto por la norma -los trabajadores de la salud- sí goza de una verdadera presunción legal *iuris tantum* conforme lo dispone el art. 4 del DNU 367/20, dada su elevada exposición a posible contagio: se presume la causalidad directa e inmediata de la enfermedad con la labor efectuada salvo prueba en contrario.

La Resolución SRT 38/20 -auspiciosamente- ha optado por un concepto muy amplio de trabajadores de la salud, involucrando a un extenso universo de ellos con carácter meramente enunciativo⁹.

⁹ ARTÍCULO 18.- Trabajadores/as de la salud. A los efectos de lo dispuesto en el artículo 4º del Decreto de Necesidad y Urgencia Nº 367/20, se entenderá como trabajadores/as de la salud, con carácter meramente enunciativo, al personal médico, de enfermería, auxiliares (entendiéndose por tal camilleros, choferes de ambulancia y de transporte de residuos patológicos, mucamas; personal de limpieza y empresas de saneamiento, incluyendo residuos patológicos), de esterilización, administrativos, de vigilancia, secretarías de servicios, mantenimiento, kinesiólogos, bioquímicos (laboratorio y toma de muestras) y todas aquellas actividades desarrolladas en cumplimiento de tareas asistenciales en los tres niveles de atención (guardia, internación y terapia intensiva)

La vigencia de la presunción para los trabajadores de la salud ha sido establecida transcurridos 60 días desde la finalización de la declaración de emergencia sanitaria del DNU 260/20 y sus prórrogas, venciendo en consecuencia el 12/05/21.

6.- Supuestos no incluidos en el DNU

Existen supuestos probables de contagio que no se encuentran incluidos en el ámbito de aplicación del DNU 367/20. Entre ellos podemos mencionar:

- *Contagio in itinere*: el trayecto hacia y desde el lugar de trabajo puede brindar la ocasión para que trabajador se contagie de COVID-19, sobre todo en supuestos de la utilización de transporte público masivo.
- *Contagio por trabajo en violación del ASPO*: se trata de un supuesto de trabajo prohibido en los términos del art. 42 de la LCT. La prohibición se encuentra dirigida al empleador y se verifica: *"cuando las normas legales o reglamentarias hubieren vedado el empleo de determinadas personas o en determinadas tareas, épocas o condiciones"*.
- *Contagio en teletrabajo*: si bien el contagio de origen laboral en este entorno es más improbable, no cabe reputarlo imposible, por existir -por ejemplo- contacto con elementos de trabajo que pueden ser vehículo del virus.

Seguramente, estos supuestos no incluidos serán resueltos ante la justicia laboral quien será la encargada de resolver su inclusión como enfermedad profesional no listada en el caso en concreto, garantizando la cobertura de los riesgos del trabajador que contrajo la enfermedad con motivo u en ocasión de su trabajo.

7.- Sobre el procedimiento sistémico de la Resolución SRT 38/20

La Resolución SRT 38/20 establece el procedimiento para el reconocimiento del carácter de enfermedad profesional del COVID-19, disponiendo los requisitos de la denuncia de la contingencia ante la ART, su presentación inicial y tramitación ante la CMJ competente, y finalmente su resolución por parte de la CMC.

El procedimiento administrativo de reconocimiento del COVID-19 como enfermedad profesional se inicia una vez cesada la ILT, debiendo acreditarse la relación de causalidad directa e inmediata entre la enfermedad denunciada y la ejecución del trabajo en el contexto de dispensa del deber de aislamiento social, preventivo y obligatorio. Necesariamente, la acreditación se hará casi sin excepciones mediante la activación de las presunciones probatorias del DNU 367/20.

La decisión de la CMC será recurrible por vía de apelación conforme lo establecido en el art. 8 de la Resolución SRT 38/00 *"en los términos de lo previsto en el artículo 46 de la Ley N° 24.557 y el artículo 2° de la Ley N° 27.348, mediante recurso directo por cualquiera de las partes, ante los tribunales de alzada del fuero laboral de la*

jurisdicción correspondiente o, de no existir éstos, ante los tribunales de instancia única que resulten competentes¹⁰”.

8.- El problema de la causalidad

Se ha señalado con agudeza que puede suscitarse un problema respecto de la relación de causalidad en casos de COVID -19, cuando se verifiquen supuestos de comorbilidad o concausa¹¹.

Se trata de la cuestión que puede presentarse con los trabajadores que tienen enfermedades anteriores, labilidades o determinada condición -avanzada edad- que de acuerdo a las características del COVID-19 puede determinar una mayor posibilidad de enfermar gravemente o en el peor de los casos a fallecer.

El art. 6 de la LRT establece que *“En ningún caso se reconocerá el carácter de enfermedad profesional a la que sea consecuencia inmediata, o mediata previsible, de factores ajenos al trabajo o atribuibles al trabajador, tales como la predisposición o labilidad a contraer determinada dolencia”¹².*

Pues bien, el COVID-19 obtiene su reconocimiento como enfermedad profesional de su específico régimen probatorio no existiendo factores ajenos al trabajo o atribuibles al trabajador que se vean involucrados en el hecho del contagio.

Por su parte el art 4 del DNU 367/20 habla de *“la imprescindible y necesaria relación de causalidad directa e inmediata de la enfermedad denunciada con el trabajo efectuado”* al igual que el art. 5 de la Resolución SRT 48/20.

Conforme la letra de la normativa sistémica -tantas veces invocada para sostener posturas restrictivas- la relación causal que se exige es *exclusivamente* entre el contagio de la enfermedad de COVID-19 y la tarea laboral efectuada en dispensa del ASPO, esto es la exposición al riesgo.

La relación causal *no* debe verificarse entre la enfermedad y sus consecuencias dañosas (secuelas o muerte) y por ende -independientemente de que su gravedad

¹⁰ Ello con la salvedad de las jurisdicciones que no han adherido a la ley 27.348 -como por ejemplo la provincia de Santa Fe en la cual vive y se desempeña profesionalmente el autor del presente- en las cuales el reconocimiento de la calidad de enfermedad profesional puede ser solicitado directamente ante la justicia laboral por vía de una acción ordinaria.

¹¹ Jose Daniel Machado, en el artículo citado *ut supra*.

¹² Sin perjuicio de la interpretación que cabe hacer del art. 6 de la LRT en cuanto: *“No es causa del daño cualquier condición sino aquella que es, en general, idónea para producirlo...”* SCJ DE MENDOZA en autos “CHIRINO, A. M. C/CONSOLIDAR ART SA P/ ENFERMEDAD ACCIDENTE” S/ INCONSTITUCIONALIDAD.-CASACION”, del 26/03/08.

pueda depender de cierta predisposición o labilidad- se tendrá por satisfecha con la exclusiva acreditación del contagio en ocasión o pero el hecho del trabajo¹³.

9.- Algunas reflexiones finales

El DNU 367/20 ha sido muy criticado -con razón- porque no ha incluido al COVID-19 en el listado de enfermedades profesionales, estableciendo un procedimiento especial con resolución de la CMC, ente administrativo constituido por médicos que debe juzgar nada más y nada menos que sobre causalidad y aplicar presunciones. En tal sentido, adherimos sin reservas a quienes sostienen la inconstitucionalidad del trámite obligatorio previo ante las CM.

No obstante ello, podemos señalar como positivo que la normativa de emergencia haya incluido expresamente mecanismos de prueba presuncional para el COVID-19 como enfermedad profesional no listada, cuya aplicación -creemos- trascenderá el acotado margen de aplicación del DNU 367/20.

El fin del ASPO no puede acarrear el fin de las presunciones probatorias que constituyen la forma razonable de acreditación del contagio del virus en el ámbito del trabajo.

Sostenemos entonces que las presunciones probatorias del DNU 367/20 han llegado para quedarse más allá de su pretendida "fecha de vencimiento" y -obviamente- su aplicación *puede y debe* ser invocada como mecanismo para acreditar la relación causal exigida y la consecuente cobertura del COVID-19 como enfermedad profesional dentro del sistema de la LRT.

Todo contagio *en ocasión* de la prestación de servicios debe ser reconocido como enfermedad profesional, porque ha sido el trabajo el que ha expuesto al trabajador al riesgo. Solo así daremos cumplimiento a los Convenios y Protocolos de OIT a cuya observancia se comprometió en forma ineludible la Argentina.

¹³ Coincidimos al respecto con lo expresado al respecto en *El derecho de daños laborales y el coronavirus. Reglas generales para la cobertura del COVID-19 y análisis del DNU 367/2020* por Juan J. Formaro, Diego A. Barreiro y Eduardo E. Curutchet, LL del 21/04/20: "*El COVID-19...para los trabajadores expuestos al riesgo en función de su actividad...podría merecer tutela dentro del art. 6º, apart. 2º, inc. b), de la LRT, pues en la adquisición del virus existirá uncausalidad. Reiteramos que no cabe confundir los dos tramos de la relación causal, perteneciendo el contagio al primero, donde no inciden las eventuales dolencias previas (que podrán agravar o no las consecuencias)*".