

El “coronavirus” y las relaciones laborales. Suspensiones del Art. 223 bis de la LCT, e inexistencia de la fuerza mayor en el contrato de trabajo.

Dr. Facundo Gutiérrez Galeno*

Sumario: *I. Introducción. II. COVID-19 y las normas de emergencia laboral III. Aislamiento social preventivo y obligatorio, orden público, fraude y prohibición de trabajar. IV. Prohibición de despidos y suspensiones concertadas del Art. 223 bis de la LCT. ¿Contradictio in terminis? V. Concurrencia conflictiva de normas e invalidez de suspensiones del Art. 223 bis de la LCT. VI. ¿Constituye la COVID-19 un caso fortuito o de fuerza mayor? Inexistencia de la fuerza mayor en el contrato de trabajo. VII. Corolario.*

I. Introducción

La aparición de un nuevo coronavirus (tipo dos del síndrome respiratorio agudo grave, SARS-COV-2), que ha llevado a la Organización Mundial de la Salud (OMS) a declarar el brote como pandemia¹, ha puesto de manifiesto dramáticamente que somos seres constituidos sobre una base biológica. Cuerpos dotados de facultades físicas e intelectuales que constituyen su personalidad viva en movimiento dentro del universo biológico del planeta. Sujetos asociados que consumen energía, nervios y músculos en la elaboración de bienes para la reproducción de su fuerza de trabajo y vida material.

El trabajo es, ante todo, un acto que se desarrolla entre la humanidad y la naturaleza. Como sostenía el célebre pensador del siglo XIX, *el hombre mismo desempeña en él, frente a la naturaleza, el papel de una potencia natural*². La reproducción material de la vida humana no escapa a las leyes de la naturaleza y principios ecológicos que moldea el

* Abogado laboralista (UNLP) y secretario del Instituto de Derecho Laboral del Colegio de Abogados de La Plata (IDL-CALP), e integrante del consejo de redacción de la revista LA DEFENSA del Instituto de Estudios Legislativos de la Federación Argentina de Colegios de Abogados (IDEL-FACA).

¹ Según datos oficiales de la Organización Mundial de la Salud (OMS) se confirmaron más de 9,6 millones de casos y 490 mil fallecidos en un total de 216 países, áreas o territorios con casos de COVID-19 al 27/06/2020.

² “Pone en movimiento la potencia de la que está dotado su cuerpo, brazos, pierna, cabeza y manos, con el fin de asimilar las materias, después de darles una forma útil para su vida. Al mismo tiempo que por medio de ese movimiento actúa sobre la naturaleza exterior y la modifica, modifica su propia naturaleza, y desarrolla las facultades que dormitan en ella.” MARX, Carlos. *El Capital*, Tomo I, pág. 187. Editorial Cártao, México DF, 1983.

crecimiento y reproducción de otras especies. El virus coloca a la humanidad en cuarentena, el ochenta por ciento de la fuerza laboral se encuentra total o parcialmente paralizada y la mitad de los trabajadores activos (1.600 millones) corren el severo riesgo de perder su principal fuente de sustento³. La economía da signos de caer en espiral descendente⁴ con agravamiento sostenido de la crisis, a tal punto que amenaza superar los peores índices de la gran depresión de los años treinta del siglo pasado.

La propagación del virus afecta seriamente la fuerza de trabajo mundial evidenciando la extremada vulnerabilidad del ser social y su sempiterna condición de progreso. Desatada la pandemia, y llevados los países a establecer políticas de prevención basadas en distintos grados de confinamiento social (cuarentenas, aislamientos, distanciamiento social, etc.), el sistema ingresa en un estado peligroso de suspensión. El detenimiento de la explotación del trabajo ajeno conlleva la inamovilidad de las fuerzas productivas, de la circulación de su producto social y, en consecuencia, el detraimiento de la economía.

A pesar que algunas teorías jurídicas no dejan de azuzar los peligros (u oportunidades) vinculados al “fin del trabajo” ante el avance de la robótica y la automatización (actualizado con *inteligencia artificial, big data, internet de las cosas, etc.*), este fenómeno social sanitario pone de relieve la imposibilidad de la prescindencia del trabajo humano como factor evolutivo. A la clase social más numerosa de la tierra se le avecinan tiempos difíciles de aumento de desempleo, caídas de ingresos y empeoramiento de las condiciones de vida.

Por esta cuestión, en lo inmediato nos proponemos hacer un somero repaso de la normativa laboral de emergencia dictada a los fines de entender su finalidad y razonabilidad, analizarla desde la perspectiva del constitucionalismo social y detallar las protecciones brindadas por el Estado en su política de prevención a la propagación de la pandemia. Asimismo, realizaremos un análisis crítico a la utilización de las suspensiones económicas concertadas en los términos del Art. 223 bis de la Ley de Contrato de Trabajo (LCT) como válvula de escape patronal en la socialización de los costos de la crisis, para luego concluir de manera polémica que la “COVID-19” no conforma un supuesto de *caso fortuito o fuerza mayor* en los términos del Código Civil y Comercial, amén de su “inexistencia” como causal de eximición de responsabilidad emergente del incumplimiento en el contrato de trabajo.

II. COVID-19 y la normativa de emergencia laboral

³ Datos brindados por la OIT en https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_743056/lang--es/index.htm

⁴ Astarita, Rolando. ¿Hacia una depresión global? en <https://rolandoastarita.blog/2020/03/10/hacia-una-depresion-global>.

Para comprender la razonabilidad de la normativa de emergencia dictada por el Poder Ejecutivo Nacional en materia de protección de los derechos sociales, y en particular, en la tutela de los derechos de los trabajadores, bien vale hacer un repaso de las principales medidas jurídicas sancionadas previas al aislamiento social, preventivo y obligatorio (ASPO) establecido por el DNU 297/2020. Nos detendremos en aquellas disposiciones que regulan las relaciones laborales y establecen normas de orden público de protección.

En las últimas décadas el mundo vive una profunda crisis económica producto de un crecimiento extremadamente débil, con una acumulación famélica y condicionada por una dinámica recesiva que envuelve a todo el sistema productivo global. La Argentina no está exenta de las limitaciones que le impone su pequeño y deficitario capitalismo tardío en la competencia e inserción en los mercados internacionales. Sin perjuicio de haberse agravado por la aparición del virus disparando una cruenta recesión, sumado a las políticas económicas y sociales de las últimas gestiones administrativas que la agudizaron, la crisis económica actual pre-existe a la aparición de la COVID-19.

En ese marco situacional aparece el dictado del Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) 34/2019 que declara la emergencia pública en materia ocupacional por 180 días a regir desde la publicación en el Boletín Oficial el día 13 de diciembre de 2019, hasta el 9 de junio de 2020 inclusive, ampliándose por otro plazo similar por el reciente DNU 528/2020 (BO 9/6/2020). El decreto 34/19 establece que, mientras dure la vigencia de la emergencia ocupacional, cualquier despido dispuesto por la patronal sin justa causa genera el derecho para los trabajadores y trabajadoras de percibir la duplicación de los derechos indemnizatorios que deriven de la extinción⁵, con la aclaración que sólo se aplicará a aquellas contrataciones que fueran celebradas antes de su entrada en vigencia (BO 13/12/2019)⁶. A los pocos días, se sanciona la ley 27.541 (BO 23/12/2019) que declara la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social hasta el 31 de diciembre de 2020.

Luego sí, pandemia a causa de la COVID-19 mediante, proliferan las normativas de emergencia sanitaria con implicancia en las relaciones laborales. A comienzos del mes de marzo de 2020 se dictaron las resoluciones del Ministerio de Trabajo de Nación 178 y 184, publicadas los días 6 y 10 de marzo respectivamente. En ellas se otorgaron licencias

⁵ En principio, y sin discusión, la duplicación integraría el *preaviso* (Art. 232), *el mes de integración* (Art. 233) y *la indemnización por antigüedad* del Art. 245 de la LCT. Sin embargo, entendemos que la duplicación también abarcaría el incremento del 50% sobre las reparaciones por antigüedad, preaviso e integración establecida en el Art. 2 de la Ley 25.323, y el aumento de 100% en virtud del artículo 15 de la Ley Nacional de Empleo 24.013. Ello conforme lo sostuvo en su oportunidad la Sala V CNAT, en autos “*Bordón, María Virginia c/El Palacio de Jamón SA y otros s/despido*”, con fecha 19/2/2005, al momento de dilucidar la duplicación establecida por la Ley 25.561 (Art. 16), con la ampliación efectuada en el decreto artículo 4 del decreto 264/2002 con similar redacción al actual 34/2019 y 528/2020.

⁶ En su Art. 2 el DNU 528/2020 (09/06/2020) establece: “*El presente decreto no será aplicable a las contrataciones celebradas con posterioridad a la entrada en vigencia del Decreto N° 34/19 (...)*”

excepcionales a todas aquellas personas trabajadoras del ámbito público y privado que habiendo ingresado al país desde el exterior (Res. 174/2020) o por cumplimiento de recomendaciones de autoridades sanitarias (Res. 184/2020), y en forma voluntaria, permanecieran en sus hogares aisladas o en cuarentena, garantizándoles *el goce íntegro de las remuneraciones normales y habituales, sin afectación de adicionales que por ley o convenio les correspondieren* (Art. 2 de la Res. 178/2020) y *computándose los plazos de la licencia como tiempo de servicio* (Art. 4 de la Res. 184/2020). La vigencia de las presentes resoluciones fue realmente efímera debido a las posteriores disposiciones que la reemplazaron.

El 13 de marzo de 2020, el Poder Ejecutivo dicta el DNU 260/2020 por el cual extiende la emergencia sanitaria -por el plazo de un año a partir de la entrada en vigencia del decreto- establecida en la Ley 27.541 en virtud de la Pandemia declarada por la OMS en relación con la COVID-19. En su Art. 7 establece que aquellas personas que revistan la condición de casos “sospechosos”, los que posean “confirmación médica”, “contactos estrechos” o “proviengan de zonas afectadas” por coronavirus, están obligadas a realizar una cuarentena (aislamiento) durante 14 días o más, según lo establezca la autoridad sanitaria bajo apercibimiento, en caso de incumplimiento, de ser imputados de los delitos previstos en los artículos 205, 239 y concordantes del Código Penal. El Ministerio Trabajo de Nación emite la resolución 202/2020 (BO 13/03/2020) que deroga las resoluciones 174 y 184, y establece la dispensa (*suspensión*) *del deber de asistencia al lugar de trabajo con el goce íntegro de sus remuneraciones* para todos aquellos trabajadores y trabajadoras que se encuentren en las situaciones descriptas en el Art. 7 del DNU 260/2020⁷.

A su vez, dicta la resolución 207/2020 (BO 16/03/2020) por la que establece una licencia para las personas consideradas de mayor riesgo al coronavirus⁸. En su Art. 1 dispone la *suspensión de asistencia al lugar de trabajo con goce íntegro de sus remuneraciones* para aquellas personas mayores de 60 años (excepto que fueran consideradas esenciales para el adecuado funcionamiento del establecimiento, o se desempeñen en el sector de salud), embarazadas y trabajadores incluidos en grupo de riesgo definidos por la autoridad de aplicación⁹. Anticipa que las trabajadoras embarazadas y

⁷ Reitera lo expuesto en el Art. 2 de la Res. 184/2020 (que se repetirá en la subsiguiente normativa de las Res. 219/2020 y 279/2020) que la dispensa comprende también a todo aquel trabajado o trabajadora “*cualquiera sea la naturaleza del vínculo jurídico de que se trate, considerándose incluidos a estos efectos también a quienes presten servicios de forma continua bajo figuras no dependientes como las locaciones de servicios reguladas por el Decreto N° 1109/2017, aquellas otras que se desarrollen en forma análoga dentro del sector privado, las prestaciones resultantes de becas en lugares de trabajo, pasantías y residencias médicas comprendidas en la Ley N° 22.127. En el caso de pluriempleo o de múltiples receptores de servicios, los efectos previstos en la suspensión de que trata la presente norma alcanzarán a los distintos contratos*”.

⁸ Las licencias establecidas en la Res. 207/2020 del MTEySS fueron mencionadas expresamente en los DNU que extendieron el ASPO: DNU 408/2020 (Art. 7), DNU 459/2020 (Art. 10 donde específicamente las titula como “*Personas en situación de mayor riesgo*”), DNU 520/2020 (Art. 21) y DNU 576/2020 (Art. 26).

⁹ Art. 3 de la Resolución 629/2020 del Ministerio de Salud define quienes integran el grupo de riesgo al COVID-19: *Personas con enfermedades respiratorias crónicas, cardíacas, diabéticas, insuficiencia renal*

quienes se encuentren en grupo de riesgo no podrán declararse a futuro como personal esencial excluido del aislamiento obligatorio.

Y por último, dispone la creación de una licencia justificada (con derecho al cobro de salarios)¹⁰ al *progenitor o progenitora, o persona adulta responsable a cargo, cuya presencia en el hogar resulte indispensable para el cuidado del niño, niña o adolescente* mientras dure la suspensión de clases establecida por la resolución 108/2020 del Ministerio de Educación o las modificatorias que se dicten. La persona que fuera alcanzada por la dispensa debe notificar tal circunstancia a la patronal, justificando la *necesidad y detallando los datos indispensables para que pueda ejercerse el adecuado control* (símil Art. 210 de la LCT), y podrá ser ejercida por uno solo de los progenitores.

III. Aislamiento social preventivo y obligatorio, orden público, fraude y prohibición de trabajar.

El 19 de marzo de 2020, el Poder Ejecutivo Nacional decreta (DNU 297/2020) el *aislamiento social, preventivo y obligatorio* (ASPO) para todas las personas que habiten el país o se encuentren en él en forma temporaria. La medida fue tomada a partir de las recomendaciones dadas por la OMS, y la experiencia registrada en Asia y Europa, como forma de prevenir el contagio y ante el desconocimiento científico de la cura a la enfermedad del SARS-COV-2. El confinamiento social fue dictado para regir en principio hasta el 31 de marzo, pudiendo prorrogarse por el tiempo que resulte necesario de acuerdo a la efectividad de la mitigación de la pandemia y la situación epidemiológica¹¹.

El DNU 297/2020 establece una prohibición de desplazamientos para todos los habitantes del país (o de las zonas delimitadas), obligados a quedarse en sus residencias y abstenerse de concurrir a sus lugares de trabajo, además de vedar el desplazamiento 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.*

crónica en diálisis, inmunodeficiencias, con medicación inmunosupresora o corticoides en altas dosis, pacientes oncológicos y trasplantados, y con certificado único de discapacidad.

¹⁰ La falta de mención expresa al “goce íntegro de salarios” para las licencias por progenitor o progenitora, ha llevado a sostener (y no a pocos juristas) que no daría derecho al cobro de remuneración alguna. Sin embargo, en nuestra materia toda licencia justificada comporta el pago de salario (Arts. 159 y 208 de la LCT), lo que no podría ser de otra forma ya que la remuneración se debe como contraprestación del cumplimiento contractual. El trabajador bajo licencias justificadas no incumple el contrato, por esa razón tiene derecho a la prestación salarial.

¹¹ Lo que efectivamente aconteció con las sucesivas prórrogas por medio de los DNU 325/2020, 355/2020, 408/2020, 459/2020, 493/2020, 520/2020 y el reciente 576/2020 (BO 29/06/2020), extendiéndose hasta el 17/07/2020 para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la región del Área Metropolitana de Buenos Aires (AMBA), la Ciudad de Neuquén (Neuquén), el Departamento de Gral. Roca (Río Negro) y la Provincia de Chaco.

La normativa de orden público solo exceptúa del ASPO a las personas afectadas a las *actividades y servicios declarados esenciales en la emergencia* que detalla en su artículo sexto. Habilita el desplazamiento de dichos sujetos al estricto cumplimiento de esas actividades (servicio personal de salud, seguridad, fuerzas armadas, periodistas, trabajadores de supermercados mayoristas y minoristas y comercios minoristas de proximidad, entre otras). Inicialmente se establecieron una treintena de actividades exceptuadas que luego se fueron ampliando por sucesivas y diversas normas¹². El carácter esencial de las actividades permitidas están vinculadas a la finalidad del ASPO, es decir, a tornar eficaz la medida preventiva de la propagación del coronavirus.

El Art. 8 del DNU 297/2020 establece una cláusula de garantía salarial para todos los trabajadores y trabajadoras del sector privado que no estuvieren exceptuados del cumplimiento del aislamiento obligatorio, con derecho al “*goce íntegro de sus ingresos habituales*” en los términos que establecerá la autoridad administrativa del trabajo. Efectivamente, al día siguiente, el 20 de marzo de 2020, el Ministerio de Trabajo de Nación reglamenta el ASPO en lo que respecta a la materia laboral. Reitera que los trabajadores que no estén exceptuados del ASPO, ni comprendidos en las actividades consideradas esenciales del Art. 6 del DNU 297/2020, quedan *dispensados del deber de asistencia al lugar de trabajo* con el goce de sus ingresos. Sin embargo, realiza una distinción poco afortunada al relativizar el derecho salarial (Art. 1 de la Res. 219/2020 MTEySS) considerando sólo de carácter remuneratorio los ingresos para aquellos trabajadores que pudieran realizar sus tareas bajo la modalidad de “home office”. Por el contrario, los que se encontraren imposibilitados de realizar prestaciones de teletrabajo, “*las sumas percibidas tendrán carácter no remuneratorio*”.¹³

Luego, tanto la primigenia Res. 219/2020 (BO 20/03/2020) como su reemplazo por la Res. 279/2020 (BO 29/03/2020), establecen que la continuidad de tales actividades consideradas esenciales (Art. 6 DNU 267/2020) constituye una exigencia excepcional de la economía nacional en los términos del Art. 203 de la LCT (Art. 2 de la Res. 279/2020), habilitando de esta forma la obligatoriedad del cumplimiento de jornadas con horas extraordinarias como la posibilidad del empleador de alterar la jornada de trabajo a efectos de garantizar la continuidad de la producción esencial en condiciones de salubridad (Art. 3 Res. 279/2020) sin ser considerado como un uso abusivo del *ius variandi* (Art. 66 de la

¹² A partir del dictado del DNU (233/2020 para trabajadores de edificios) y las Decisiones Administrativas del Jefe de Gabinete de Ministros se fueron ampliando las actividades esenciales y excluidas del ASPO (DEC. 429/2020, 450/2020, 468/2020, 490/2020, 524/2020 JGM y ss.). Sin embargo, no todas las actividades posteriormente exceptuadas fueron consideradas esenciales, solo aquellas autorizadas por normativa del Jefe de Gabinete a regir para todo el territorio bajo ASPO y/o DISPO. Las permitidas *no esenciales* son las actividades productivas específicas habilitadas para territorios determinados según parámetros epidemiológicos y con autorización solicitada por intendentes, gobernadores y/o Ministro de Desarrollo Productivo de Nación (DA 524/2020 JGM).

¹³ Distinción que desaparece en la posterior Res. 279/2020 que deroga la Res. 219/2020 MTEySS.

LCT)¹⁴. En esta tesitura, para las actividades permitidas se autoriza a contratar personal de forma extraordinaria y transitoria bajo la modalidad del contrato de trabajo eventual en los términos del Art. 99 de la LCT.

Adviértase que estamos antes normas de orden público, disposiciones que, con carácter imperativo, establecen las condiciones de creación de contenidos y efectos que se siguen de los hechos jurídicos. Como sostiene Enrique Arias Gibert¹⁵, el orden público determina los límites de la licitud y *los tipos de reacción frente al ilícito manifiesto tanto en acciones resarcitorias como punitivas como también en la adecuación a la tipicidad y en la nulidad e inoponibilidad de los actos o ciertas parte del mismo*. En consecuencia, la función del orden público es privar de efectos a determinados actos o hechos jurídicos, sin importar las intenciones de los sujetos implicados, pues no es la voluntad de las partes lo que determina la aplicación del mismo.

Detrás de toda norma de orden público subyace el concepto de “utilidad pública”, donde la imperatividad opera mediante la invocación de un interés general de la sociedad que subordina la fuerza vinculante del acuerdo de voluntades de las partes. En toda sociedad democrática debe presuponerse la legitimidad de las normas de orden público en la medida en que *quién la ha determinado goza de la representación política del conjunto, y como corolario del principio republicano de gobierno, debe poseer razonabilidad y una adecuada relación de medio a fin entre el mal que se pretende conjurar y el remedio impuesto como consecuencia de la norma de orden público*¹⁶.

Las restricciones a las libertades ambulatorias dispuestas por el DNU 297/2020, como la prohibición de trabajar establecida en su Art. 2, no serían *-prima facie-* objetables desde el punto de vista de su constitucionalidad (Art. 99. Inciso 3 de la Constitución Nacional), pues establecen limitaciones en resguardo del bien jurídico tutelado: el derecho colectivo a la salud pública y el derecho subjetivo a la vida e integridad psicofísica de las personas. Para proteger esos derechos humanos fundamentales en juego, el Estado recurre a establecer un aislamiento social obligatorio como medida más efectiva en la prevención de la propagación del Covid-19, emulando la experiencia europea y asiática. En la búsqueda de la mayor eficiencia se prohíbe la circulación de las personas, y la *causa-fuente* mayoritaria de dicha circulación, el trabajo.

¹⁴ No puede dejar de señalarse que la variación de la jornada de trabajo debe guardar razonabilidad a la inteligencia de la normativa dictada, es decir, lograr la mayor eficacia de las medidas preventivas a la propagación de la pandemia. (v.g., modificar el horario de ingreso a los efectos de contribuir a aliviar el transporte público).

¹⁵ ARIAS GIBERT, Enrique, “La introducción del concepto de fraude a la ley en el nuevo Código Civil y Comercial y su proyección en el Derecho del Trabajo”, publicado en Rubinzal-Culzoni, Revista de Derecho Laboral, Mayo 2020, pág. 720 y ss.

¹⁶ ARIAS GIBERT, Enrique, *El negocio jurídico laboral*, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, pág. 61.

La prohibición temporal a trabajar se debe a que la Argentina tiene 13 millones de asalariados (75 % de total de la población ocupada), por lo tanto, mal podría conseguirse un aislamiento efectivo si no se prohibiera los trabajados con la garantía de cobro salarial. En definitiva, la normativa de emergencia evidencia razonabilidad y proporcionalidad entre el mal que pretende conjurar y el remedio impuesto por un determinado tiempo (*transitoriedad y temporalidad*) mientras duren las circunstancias excepcionales. Amén de reunir otros requisitos, como la imposibilidad de seguir los trámites ordinarios previstos en la Constitución para la sanción de las leyes, haber sido refrendado en acuerdo general de ministros, no versar sobre cuestiones expresamente excluidas por la Constitución, y haber comunicado a la Comisión Bicameral Permanente en cumplimiento de lo dispuesto por la Ley 26.122.

Dentro de las normas de orden público podemos distinguir dos tipos: las de dirección y las de protección. Las normas de *orden público de dirección* están dirigidas a la sociedad en su conjunto, tienden a tutelar un interés general y funcionan con prescindencia de los sujetos que participan del acto. Como señala Arias Gibert, la antijuridicidad del acto se determina cualquiera fuera el resultado, pudiendo ser invocada de oficio o, salvo excepción, por cualquiera de los sujetos. A diferencia de las normas de *orden público de protección* que solo funcionan a favor del sujeto protegido (unidireccional), no pudiendo ser invocada por el sujeto que no es llamado a proteger y donde la antijuridicidad del acto solo surge cuando se afecta el interés del sujeto tutelado. A su vez, el orden público de protección opera mediante dos técnicas que son complementarias, una sobre los aspectos subjetivos de la contratación velando por la formación de un consentimiento legítimo, y la otra, originada en el surgimiento del derecho del trabajo, que opera sobre elementos objetivos de la contratación mediante normas imperativas mínimas.

De esta forma, los Arts. 1 y 2 del DNU 297/2020, que establece el aislamiento social, preventivo y obligatorio, junto con la prohibición de circulación y de trabajar (Art. 40 de la LCT), son claramente normas de orden público de dirección, destinadas a la sociedad en su conjunto, cuya violación es lesiva a bien jurídico tutelado, la salud pública. En cambio, la *garantía salarial*¹⁷ establecida en su Art. 8 es una norma de orden público de protección destinada a tutelar a los trabajadores a los fines de garantizarles el ingreso necesario para poder cumplir el aislamiento obligatorio, de carácter unidireccional, sólo utilizable por el protegido, y jamás en su perjuicio.

Llegados a este punto, debemos decir que el artículo 2 del DNU 297/2020, al disponer la dispensa de los trabajadores a concurrir a su lugar de trabajo mientras dure el

¹⁷ ORSINI, Juan Ignacio, “Prohibición de trabajo y suspensiones concertadas (art. 223 bis, L.C.T.) en el marco de la emergencia socio-laboral provocada por la pandemia COVID-19”, RC D 2316/2020, 17/06/2020.

ASPO, estableció la prohibición de trabajar en los términos del Art. 40 de la LCT¹⁸. Para lograr la efectividad de la medida preventiva a la propagación de la pandemia, el Estado decide prohibir las *prestaciones de trabajo -objeto del contrato de trabajo-* mediante normas legales (DNU 297/2020, Res. 207/2020 MTEySS), vedando el empleo de determinadas personas (trabajadores mayores de 60 años, embarazadas e integrantes de grupo de riesgo, progenitores, en los términos Art. 1 y 3 de la Res. 207/2020 MTEySS), en determinadas tareas (todas aquellas actividades consideradas no-esenciales, o que no fueran autorizadas a operar mientras dure el aislamiento obligatorio), épocas o condiciones (mientras dure el ASPO y/o DISPO de acuerdo a las circunstancias epidemiológicas, reanudación de clases, etc.). El propio Art. 6 de la Res. 279/2020 del Ministerio de Trabajo¹⁹ se encarga de aclarar que la abstención de concurrir al lugar de trabajo “*implica la prohibición de hacerlo*”, es decir, la prohibición de prestar tareas (objeto del contrato de trabajo) en los términos del Art. 40 de la LCT. A su vez agrega, saldando otras discusiones jurídicas, que la dispensa de prestaciones no constituye un día descanso, vacacional o festivo, sino una decisión de salud pública en la emergencia.

Estas normas de orden público que limitan la autonomía individual son de *imperatividad absoluta (o derecho necesario absoluto)*, propiedad exclusiva de origen estatal, donde otras normas no pueden tener prelación sobre ellas, en contraposición a las normas de orden público de *imperatividad relativa*, que provienen de otras fuentes y limitan a la autonomía de las partes solo en el caso de constituir una regulación más favorable al sujeto protegido. La prohibición (Art. 40 de la LCT) y la ilicitud (Art. 39 de la LCT) del objeto del contrato de trabajo son normas de *imperatividad absoluta* con distintas graduación de intensidad, puesto que se atribuyen consecuencias más radicales a la prohibición del objeto por ilicitud²⁰.

Y tal como lo dispone el Art. 42 de la LCT, la prohibición del *objeto del contrato de trabajo (prestación de tareas)* no puede afectar el derecho del trabajador a cobrar sus salarios mientras dure la prohibición. La norma expresa que “*el contrato de objeto prohibido no afectará el derecho del trabajador a percibir las remuneraciones o indemnizaciones que se deriven de su extinción por tal causa, conforme a las normas de esta ley y a las previstas en los estatutos profesionales y las convenciones colectivas de*

¹⁸ Art. 40, Ley 20.744 (t.o.1976). Trabajo prohibido. Se considerará prohibido el objeto cuando las normas legales o reglamentarias hubieren vedado el empleo de determinadas personas o en determinadas tareas, épocas o condiciones. La prohibición del objeto del contrato está siempre dirigida al empleador.

¹⁹ Res. 279/2020 MTEYSS (BO 29/03/2020), Artículo 6°. 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.

²⁰ LÓPEZ, Justo, CENTENO, Norberto. O., y FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos, *Ley de Contrato de Trabajo Comentada*, Ed. Contabilidad Moderna, 1977, Tomo I, pág. 73 y ss.

trabajo”. No solo otorga el derecho al cobro de remuneraciones, sino que daría lugar a las indemnizaciones establecidas por la extinción contractual en los términos del Art. 245 de la LCT²¹.

En consecuencia, por la vigencia de los Arts. 1 y 2 del DNU 297/2020, estamos en presencia de trabajo prohibido (objeto prohibido) en los términos del Art. 40 de la LCT, quedando suspendidas tanto la obligación de asistencia al trabajador prevista en el Art. 84 de la LCT, como el deber patronal de dar ocupación del Art. 78 de la LCT, con el derecho a la percepción de los salarios mientras dure el aislamiento obligatorio. Adviértase que, no obstante haberse consagrado el derecho al *goce íntegro de los ingresos habituales* por la normativa de emergencia (Art. 8 del DNU 297/2020), el derecho de fondo ya establecía esa garantía salarial en el Art. 42 de la LCT. Lo que no debiera ser de otra manera de acuerdo a la obligación salarial dispuesta en el Art. 74 de la LCT²² y la propia definición de remuneración dada por el Art. 103 de la LCT, cuando expresa que la remuneración es la contraprestación que debe percibir el trabajador *como consecuencia del contrato de trabajo*.

El derecho a la percepción del salario se obtiene por el cumplimiento contractual y no por la efectiva prestación de tareas. No habría incumplimiento contractual del trabajador si algún impedimento (no imputable a su persona) imposibilite las prestaciones que le fueran encomendadas. Esta distinción conceptual la realiza Justo López en su famosa obra *El Salario (1988)*, al comentar sobre las remuneraciones por enfermedad, vacaciones, días festivos y licencias pagas. Con agudeza advierte que “es lógico que en una concepción sinalagmática del contrato de trabajo demasiado cercano al esquema clásico de la locación de servicios, se encuentren dificultades para explicar el pago de salarios durante periodos en los que el trabajador no pueda o no está obligado a prestar tareas”²³. Sostiene que lo que retribuye el salario no es el trabajo prestado sino la disponibilidad de la fuerza laborativa en favor del empleador, su capacidad productora a los fines de ser subsumidos en una estructura empresarial que le es total o parcialmente ajena.

Y como brega Arias Gibert²⁴, en contrato complejos se omite analizar la complejidad de la contratación al reducir el sinalagma contractual a la mera ecuación trabajo/salario. Las prestaciones esenciales que constituyen el objeto del contrato de trabajo no agotan su contenido en obligaciones vinculadas solo a su objeto sino también del contenido del contrato como totalidad. La venta de fuerza de trabajo por parte del trabajador constituye la única fuente de obtención de recursos económicos con que atiende a su subsistencia y a la de su familia. Esta es la doble circunstancia que tiene en cuenta la

²¹ LÓPEZ, Justo, CENTENO, Norberto. O., y FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos, *op. cit.*, Pág. 299.

²² Art. 74. Ley 20.744.- Pago de la remuneración. El empleador está obligado a satisfacer el pago de la remuneración debida al trabajador en los plazos y condiciones previstos en esta ley.

²³ LÓPEZ, Justo, *El Salario*, Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, 1988, pág. 43 y ss.

²⁴ ARIAS GIBERT, Enrique, “La introducción del concepto de fraude a la ley (...)”, *op.cit.*

ley al momento de imponer al empleador la obligación de pagar salarios, la que está dada por la propia peculiaridad de lo que se juega en el contrato de trabajo, tal como se da en la sociedad contemporánea y la concibe la doctrina laboral.

Por esta particularidad de vender su propio cuerpo es normal y previsible que el trabajador no pueda ejercer su actividad en forma ininterrumpida viéndose obligado a suspender las tareas muchas veces por causas ajenas a su voluntad. Y la remuneración tiene en cuenta dichas interrupciones normales, previsibles y justificadas que son capaces de perturbar la relación de trabajo. En definitiva, la obligación salarial está vinculada al nacimiento mismo de nuestra disciplina, moldeando y creando la peculiaridad de la relación sinalagmática constituida, dando nacimiento a los principios de indemnidad, protectorio y su regla de ajenidad al riesgo empresarial. En concreto, se debe pagar salarios por el cumplimiento contractual, y mientras el trabajador no haya incumplido el contrato, tiene derecho a su percepción.

Finalmente, cabe destacar que, mientras exista prohibición de prestar tareas – prohibido el objeto del contrato- establecida por normas legales durante el aislamiento social, preventivo y obligatorio (Art. 1 y 2 DNU 297/2020 y Art. 40 de la LCT) y el trabajador tenga derecho al goce íntegro de haberes (Art. 8 DNU 297/2020 y 42 de la LCT), mal puede existir la facultad del empleador de suspender o despedir por causas económicas por falta o disminución de trabajo o la fuerza mayor en los términos de los Arts. 218 y ss., y 247 de la LCT. Por una cuestión de mera lógica formal, jamás podría suspenderse una actividad sin pago de remuneraciones (Arts. 220 y 221 de la LCT) mientras se encuentre prohibida por el Estado (Art. 40 de la LCT) con una garantía de intangibilidad salarial consagrada por la normativa de fondo y la de emergencia (Art. 42 de la LCT y Art. 8 del DNU 297/2020).

Sin embargo, este no fue el proceder seguido por la patronal durante las primeras semanas de vigencia del ASPO y antes del dictado del DNU 329/2020 que estableció la prohibición de suspensiones y despidos por cuestiones económicas. La desesperación al futuro económico incierto y conflictivo, sumado a no pocas conductas miserables, hizo que muchos empresarios suspendan los contratos laborales invocando las causales de falta o disminución de trabajo o fuerza mayor. Sin perjuicio de adelantar que la aparición del COVID-19 no es *-prima facie y ex ante-* un hecho de caso fortuito o fuerza mayor aplicable al contrato de trabajo. Huelga mencionar que mientras dure el ASPO, los contratos de trabajo en su objeto (prestación de tareas) se encuentran prohibidos y, en consecuencia, vedada la facultad para el empleador de suspender una actividad ya prohibida.

Si el empleador hiciera caso omiso a la prohibición del objeto del contrato de trabajo, e igualmente obligara al trabajador a prestar tareas y luego lo suspendiera invocando causales económicas, se impondría lo dispuesto expresamente en el art 42 de la LCT, es decir, la nulidad de actos realizados por violación de la prohibición del objeto. Por

su parte, también las suspensiones y/o despidos efectuados por *la falta o disminución de trabajo o fuerza mayor* (mientras dura la vigencia del ASPO y la prohibición de trabajo con garantía salarial) constituirían un claro fraude a la ley en los términos del Art. 14 de la LCT, o con mejor redacción, a lo dispuesto en el Art. 12 del Código Civil y Comercial. Cualquier acto patronal que invoque la vigencia de un texto legal (Arts. 218, 220, 221 y/o 247 de la LCT) y *que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa* (Art. 8 DNU 297/2020 o Art. 1 y 2 DNU 329/2020) *se considera otorgado en fraude a la ley*, careciendo de validez y efecto el acto fraudulento, *debiéndose someter a la norma imperativa que se trató de eludir*. Es decir, ante una suspensión unilateral impuesta por el empleador sin goce de haberes, o una suspensión concertadas en los términos del Art. 223 bis de la LCT, mientras exista la prohibición de trabajar (Art. 40 de la LCT) y se mantenga el aislamiento obligatorio con goce de haberes, el acto es nulo y carece de efectos, debiéndose someter dicha conducta a la norma imperativa que se intentó eludir, en este caso, a la garantía salarial establecida por el Art. 42 de la LCT y el Art. 8 del DNU 297/2020.

IV. Prohibición de despidos y suspensiones concertadas del Art. 223 bis de la LCT. ¿Contradictio in terminis?

En el marco de las políticas públicas de prevención contra el COVID-19, bajo emergencia económica y ocupacional, el Poder Ejecutivo Nacional dicta el DNU 329/2020 (BO 31/03/2020) por medio del cual prohíbe las suspensiones por causas económicas del Art. 218 y ss. de la LCT (Art. 3) y los despidos sin causa o por falta o disminución de trabajo y fuerza mayor de los Art. 245 y 247 de la LCT (Art. 2) por un término de 60 días²⁵ desde su publicación.

La norma de emergencia establece una estabilidad propia para los trabajadores al disponer que *“los despidos y las suspensiones que se dispongan en violación de lo dispuesto”* en el decreto *“no producirán efecto alguno, manteniéndose vigentes las relaciones laborales existentes y sus condiciones actuales”* (Art. 4, DNU 329/2020). Permitiéndole al trabajador, en caso de despido, poder solicitar la nulidad de acto extintivo y la reinstalación en su puesto de trabajo, o el reclamo indemnizatorio²⁶ por el *despido socialmente injusto*²⁷.

²⁵ El DNU 487/2020 (BO 18/05/2020) prorrogó las prohibiciones de suspensiones y despidos por otros 60 días contados a partir del vencimiento del plazo establecido en el DNU 329/2020, extendiéndose la protección hasta el 31/07/2020 inclusive.

²⁶ Debemos recordar que la normativa dictada es de orden público de protección, unidireccional y solo invocable por el sujeto tutelado (trabajador). El empleador no podría invocar la nulidad de su ilícito actuar.

²⁷ CIAMPA, Gustavo A., *“Despidos y suspensiones socialmente injustos en el marco de la pandemia”*, Revista Argentina de Derecho Social, Año II, N° 3, Abril 2020, pág. 7 y ss.

La novedosa norma protectoria tiene como fin y fundamento atemperar los efectos devastadores que trajeron consigo el aislamiento obligatorio y las deleznable conductas de las patronales²⁸. Así se observa en la lectura de sus considerandos donde llama a proteger de manera específica el trabajo en sus diversas formas acorde a la manda del Art. 14 bis de la Constitución Nacional. Además de seguir las directivas de la Organización Internacional del Trabajo en su documento “*Las normas de la OIT y el Covid 19 (Coronavirus)*” y la *Recomendación 166* que revela la preocupación mundial por la agudización de la crisis económica, con la consiguiente caída de puestos laborales y la necesidad de implementar medidas de *conservación del empleo*. Nuevamente el Estado recuerda que las medidas adoptadas lo son a los fines de prevenir la propagación de la pandemia y, en consecuencia, salvaguardar el derecho colectivo a la salud pública y los derechos subjetivos esenciales a la vida y a la integridad física de las personas.

En ese marco, y para hacer efectiva las medidas adoptadas, se ven obligados a habilitar mecanismos que *resguarden la seguridad de ingresos de los trabajadores y trabajadoras, aun en la contingencia de no poder prestar servicios, sea en forma presencial o en modos alternativos previamente pactados*. En esa lógica resulta indispensable garantizar la conservación de los puestos de trabajo por un plazo razonable. Aclara que no podrá invocarse la “*fuerza mayor*” como eximente de responsabilidad contractual al quedar *neutralizada en sus efectos cuando una disposición legal* (como la presente) *así lo prevea*. Y concluye que, ante una situación de crisis como la que motivó el dictado de las medidas de emergencia, el trabajador o la trabajadora deben ser considerados sujetos de preferente tutela constitucional.

No es motivo del presente trabajo analizar las implicancias jurídicas protectorias que trajo consigo el DNU 329/2020 como herramienta que desarticule las prácticas patronales tendientes a liberarse del pago de salarios. Por cierto, se ha escrito mucho y de buena calidad doctrinal²⁹. La norma dictada nos resulta constitucionalmente válida e incuestionable, guarda razonabilidad y una adecuada relación de medio a fin entre el mal que se pretende conjurar y el remedio que se impone para sortearlo. En una lectura rápida tampoco se observan vicios formales ni materiales en su sanción, adecuándose a los principios de protección e indemnidad que rigen en nuestra materia como derecho fundamental al trabajo, la alimentación y a la vida.

Sin embargo, esta norma protectoria pareciera caer en un oxímoron, en una *contradictio in terminis*. Por un lado prohíbe las suspensiones por causales de *falta o disminución de trabajo o fuerza mayor*, y por otro, el artículo 3 in fine (DNU 329/2020)

²⁸ ARIAS GIBERT, Enrique, “*Lo que pretende Techint es fraude a la ley*”, El Destape, 31/03/2020. <https://www.eldestapeweb.com/nota/lo-que-pretende-techint-es-fraude-a-la-ley-202033015220> .

²⁹ Recomendamos el trabajo de Juan Ignacio ORSINI, “*El despido en los tiempos del coronavirus. Análisis del régimen de estabilidad absoluta regulado en el decreto 329/2020*”, Doctrina Laboral Errepar, mayo 2020.

habilita suspensiones concertadas por las mismas causales que prohíbe³⁰. La figura del Art. 223 bis de la LCT regula las suspensiones pactadas individual o colectivamente por causales económicas negociando a favor del trabajador una percepción, mientras dure la suspensión, de sumas de carácter *no remunerativas* previa homologación por la autoridad administrativa de aplicación. Incorporado por la ley 24.700 (Art. 3, BO 14/10/1996) a la Ley de Contrato de Trabajo (20.744 t.o.1976), el Art. 223 bis considera *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*”.

El artículo en cuestión viene a regular una situación fáctica que, como lo destaca Gabriel A. Tosto³¹, existía en el tráfico de las relaciones laborales en tiempos de emergencia económica y retracción del mercado. Fue correctamente incorporada al Título X (“*De la suspensión de ciertos efectos del Contrato de Trabajo*”), Capítulo V de la LCT que regula “*De las suspensiones por causas económicas y disciplinarias*”, a pesar de formar parte de una norma que venía a establecer una política laboral de desalarización. Recordemos que la Ley 24.700 modificó el Art. 105 de la LCT con la incorporación de *prestaciones complementarias al salario*, e introdujo dos nuevos artículos con la inclusión de *beneficios sociales* (Art. 103 bis, v.g. *ticket canasta, entre otros*) y las suspensiones concertadas con percepción de ingresos de carácter “*no remunerativos*” (el Art. 223 bis). Tal como bien lo expresa Orsini³², una torpe forma de encubrir el linaje salarial por el conducto de nomenclarlas de otra forma para ahorrarles a los empresarios el costo de las contribuciones patronales.

A diferencia de lo que sostiene cierta parte de la doctrina, consideramos que el Art. 223 bis fue bien incorporado al *Capítulo V* de suspensiones de la LCT, luego de la reforma constitucional del año 1994 que positivizó el principio de progresividad tanto en el ámbito Nacional (Art. 75 incs. 22 y 23 de la CN) como en el local (Art. 39 inciso 3 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires). Desde esta perspectiva, la norma establece un progreso respecto a lo regulado en la primigenia LCT. Recuérdese que en sus artículos 218 y ss., se consagra la facultad para el empleador de alterar los efectos del contrato, permitiéndole suspender de forma unilateral al trabajador por un determinado lapso de

³⁰ DNU 329/2020 (BO 31/03/2020), Art 3°.- *Prohíbense las suspensiones por las causales de fuerza mayor o falta o disminución de trabajo (...) Quedan exceptuadas de esta prohibición las suspensiones efectuadas en los términos del artículo 223 bis de la Ley de Contrato de Trabajo.*

³¹ TOSTO, Gabriel A., en *Ley de Contrato de Trabajo. Comentada, anotada y concordada*, dirigida por Jorge Rodríguez Mancini, Ed. La Ley, 2007, Tomo IV, pág. 106.

³² ORSINI, Juan Ignacio., *Prohibición de trabajo y suspensiones concertadas (art. 223 bis, L.C.T.) en el marco de la emergencia (...)*, op.cit. pág. 14.

tiempo sin percepción alguna de remuneración mientras cumpla los requisitos de ley. Al incorporarse el Art. 223 bis de la LCT, se permitió mejorar la situación existente habilitando la posibilidad de una suspensión concertada (acuerdo libre de voluntades) por medio del cual el trabajador pueda *negociar la percepción de un ingreso* -lo que antes le estaba vedado- por el tiempo que dure la falta o disminución de trabajo (no mayor a 30 días en un año) o fuerza mayor (hasta un máximo de 75 días).

De acuerdo a su ubicación en la LCT, el Art. 223 bis establece una suspensión concertada individual o colectivamente por causas económicas (*falta o disminución de trabajo o fuerza mayor*) con derecho a la percepción de una suma de dinero de carácter no remunerativo mientras dure la causal de suspensión. Por esta razón en su literalidad el artículo no menciona el pacto a la “baja de salario” ni “reducción de ingresos”. Sin embargo, desde su propio nacimiento siempre se lo entendió como la posibilidad de negociación de percepciones en proporción inferior de las remuneraciones devengadas en forma normal, es decir, una asignación inferior al importe dinerario cobrado habitualmente por el trabajador en compensación por la suspensión. Y esta modalidad de aplicación tiene lógica sólo si se la interpreta de forma armónica al capítulo al que fue incorporado, con los límites y requisitos allí establecidos.

En suma, el Art. 223 bis incorporó a la ley una clase especial de suspensión por causas económicas que deben reunir los mismos requisitos estipulados para las restantes suspensiones económicas, a saber: i) fundarse en una *justa causa* (falta o disminución de trabajo o fuerza mayor), ii) tener un *plazo fijo* (no exceder de los límites de 30 o 75 días conforme Arts. 220 y 221 de la LCT); y ser *notificada por escrito* al trabajador. Así la norma establece que el incumplimiento de estos requisitos comunes da lugar al trabajador, si la hubiere impugnado, a percibir los días de suspensión (Art. 223 de la LCT). A lo que se agregan las particularidades del propio Art. 223 bis, como ser un *pacto de voluntad individual o colectivamente*, y cumplir con el *procedimiento de homologación* por la autoridad administrativa. Si las suspensiones fueran masivas, además deberán cumplir con el procedimiento preventivo de crisis regulado por la Ley 24.013 (Arts. 98 y ss.), o el trámite que contempla el decreto 328/88 según lo dispuso el Art. 4 del DNU 265/02. Una vez dados todos los elementos requeridos por la norma, nace la obligación a cargo del empleador de abonar una suma de dinero al trabajador mientras se encuentre suspendido.

Ahora bien, la autorización realizada por la normativa de emergencia (Art. 3 del DNU 329/2020 y 487/2020) para concertar suspensiones por causas económicas con “*rebaja salarial*” en los términos del Art. 223 bis de la LCT, pareciera caer en un oxímoron con el precepto que dispone la prohibición de suspensiones unilaterales por las causales de falta o disminución de trabajo o fuerza mayor. Sin embargo, no existe *contradicción en los términos* de la normativa al tiempo que se aprecie que exceptuó de dicha prohibición las suspensiones “concertadas” (pactadas individual o colectivamente) por causas económicas. Sin perjuicio de que, desde la hermenéutica de la normativa de emergencia, indudablemente

la utilización estatal del art. 223 bis de la LCT no tiene razón de ser y no se ajusta a derecho. Excepto como válvula de escape a los límites que impone, en momentos de pandemia, un sistema productivo basado en la valorización privada del trabajo ajeno. En aras de preservar la paz, el diálogo social que se fomenta es burocrático y dadivoso, tendiente a socializar los riesgos empresarios en detrimento de los principios que moldean nuestro Estado Social de Derecho, como son entre otros, el principio de indemnidad, irrenunciabilidad, ajenidad del riesgo empresario y justicia social.

Efectivamente estamos en presencia de una concurrencia conflictiva de normas, teniendo por un lado aquellas que disponen la prohibición de trabajar (contratos de trabajo de objeto prohibidos en los términos del Art. 40 de la LCT) mientras dure el aislamiento obligatorio con garantía al goce íntegros de los ingresos habituales (Art. 42 de la LCT y 8 del DNU 297/2020 y sus prórrogas), sumado a la prohibición de despedir y suspender en forma unilateral por causas económicas (Arts. 2 y 3, DNU 329/2020 y 487/2020); y por el otro, la autorización a concertar suspensiones con rebajas salariales en los términos del Art. 223 bis de la LCT (Art. 3 in fine, DNU 329/2020 y 487/2020). Debemos, entonces, problematizar su aplicación en lo conceptual.

Como primer arribo de interpretación armónica de la finalidad estatal dada al Art. 223 bis de la LCT, podemos establecer que la figura de suspensiones del Art. 223 bis no sería aplicable a los trabajadores que se encuentren realizando tareas en actividades esenciales y/o exceptuadas del aislamiento social, preventivo y obligatorio (Art. 6 del DNU 297/2020, DNU 233/2020 y decisiones del Jefe de Gabinete de Ministros) ni a los trabajadores en uso de las licencias para “personas de situación de mayor riesgo” (mayores de 60 años, embarazadas o que integren el grupo de riesgo definido por la autoridad sanitaria nacional), o progenitores con menores a cargo mientras dure en receso del ciclo lectivo o de personas discapacitadas, etc.

Tampoco se podrían utilizar las suspensiones concertadas para aquellos trabajadores cuya actividad estuviera prohibida –no exceptuada del ASPO- donde se haya convenido la prestación de tareas bajo la modalidad de teletrabajo. En definitiva, tal como fue introducida la normativa en conflicto, pareciera que el Art. 223 bis de la LCT fue pensado para las actividades no autorizadas a funcionar dentro del aislamiento obligatorio (todas las *no-esenciales* y las que carecen de autorización para producir de manera específica) y cuyos trabajadores no pactaron modalidades de trabajo a domicilio, ni integran los grupos de riesgo, ni tienen hijos a cargo. Una forma de pelear la crisis de las empresas obligadas a cerrar e impedidas de producir mientras dure el confinamiento.

Este sentido dado a la norma se puede percibir en el acuerdo marco celebrado entre la Confederación General del Trabajo (CGT) y la Unión Industrial Argentina (UIA), negociado en conjunto con el Ministerio de Trabajo y Desarrollo Productivo de la Nación, y que diera nacimiento a la reglamentación del procedimiento de homologación

administrativa a través de la Res. 397/20 (B.O. del 29/04/2020). En dicho acuerdo, un sector sindical y una cámara patronal aconsejan el dictado de una norma que “*garantice la previsibilidad del ingreso*” así como la *estabilidad del empleo*. En los aspectos analizados destacan la situación de “crisis” que viven los empleadores “*cuyas actividades no están exceptuadas del ASPO*”, y manifiestan la necesidad de exigirle al Estado el “*dictado de una norma instrumental que establezca certidumbre respecto de aquellas personas que no pueden prestar servicios habituales (...)*”. A su vez convienen que el plazo será de 60 días con efectos retroactivos a partir del 1° de abril de 2020 y que las suspensiones pactadas no podrán ser inferiores al 75% del salario neto que le hubiere correspondido. Para luego concluir, con lo que pareciera una humorada del mal gusto, que la cámara patronal se compromete a “*mantener su dotación de trabajadores sin alteraciones durante el plazo igual a la vigencia*”, obligación ya impuesta por la prohibición de suspensiones y despidos del DNU 329/2020 del 31/03/2020.

Por lo expuesto, no quedan dudas que la aplicación del Art. 223 bis de la LCT establecido por la normativa de emergencia fue pensado para ser utilizado en aquellas actividades no exceptuadas del ASPO. Así surge expresamente del acuerdo marco CGT-UIA al establecer que “*no se podrán pactar suspensiones a aquellos que estén en ASPO, pero realizando «teletrabajo», ni tampoco a los que estén licenciados por grupo de riesgo o licencias por progenitores o mayores*”. No obstante, las disposiciones reseñadas nos llevan a una seria encrucijada normativa, cuya salida estatal no es legal ni válida.

V. Concurrencia conflictiva de normas e invalidez de suspensiones del Art. 223 bis de la LCT.

Tal como dijéramos, la prohibición de trabajar (contrato de objeto prohibido) en los términos del Art. 40 de la LCT, conlleva en forma ínsita la garantía de intangibilidad salarial de acuerdo a lo establecido en el Art. 42 de la LCT y Art. 8 del DNU 297/2020. La norma es de orden público de protección, unilateral, tendiente a tutelar al sujeto protegido (trabajadores) y de *imperatividad absoluta*³³, es decir, una norma de origen estatal donde disposiciones de otras fuentes no puede prevalecer sobre ellas. Diferente es lo que ocurre con las normas de *imperatividad relativa* que pueden ser alteradas por otra fuente que limite la autonomía de la voluntad, sólo en el caso de constituir una regulación más favorable al trabajador (v.g., Art. 7 de la LCT y Art. 7 de la Ley 14.250).

La distinción cobra relevancia al observar que la norma estatal dictada, a los fines de autorizar suspensiones concertadas en los términos del Art. 223 bis de la LCT, sería (en principio y de manera formal) de *imperatividad relativa*. Y que los posteriores pactos

³³ LÓPEZ, Justo, CENTENO, Norberto. O., y FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos, *op. cit.*, Pág. 73.

individuales o colectivos que se celebren dentro del acuerdo marco CGT-UIA no prevalecerían ante la *imperatividad absoluta* de la prohibición de trabajo (Art. 1 y 2 del DNU 297/2020 y Art. 40 de la LCT). Amén de que dichas suspensiones ni siquiera podrían ser conceptualizadas como tal por no constituir una regulación más favorable al trabajador.

En resumidas cuentas, si se encuentra prohibido el trabajo (prestación de tareas, Art. 37 y Art. 40 de la LCT) mientras dure el aislamiento social, preventivo y obligatorio, mal podría existir la posibilidad concertar suspensiones en los términos del Art. 223 bis de la LCT sobre contratos de trabajo cuyos objetos fueron prohibidos. En consecuencia, si se violara la prohibición del objeto del contrato (Art. 40 de la LCT) dicha conducta conllevaría la nulidad de lo actuado (Art. 44 de la LCT) con el derecho a percibir salario en forma íntegra sin reducción alguna para el trabajador. Solución que impone el orden público de protección ante una norma de *imperatividad absoluta*, estableciendo (por la complejidad del contrato) una nulidad parcial que no pretende su finalización sino la reconducción a términos justos con la modificación de los contenidos que fueran lesivos.

En este sentido, el mecanismo de *integración contractual* expresamente determinado por los Arts. 7 y 13 de la LCT, es la herramienta jurídica más interesante para desbaratar la ilícita aplicación que se pretende del Art. 223 bis de la LCT. Previo, resulta necesario recordar que la fuente inmediata de las obligaciones laborales es el contrato de trabajo, no la ley. La existencia de una norma legal puede actuar como fuente mediata de la obligación por su actividad supletoria o imperativa, pero la ley no es fuente inmediata de la obligación sino el contrato³⁴.

Dispone el Art. 7 de la LCT que *si las partes pactaran condiciones menos favorables para el trabajador que las dispuestas en las normas legales, tales actos llevan aparejada la nulidad prevista en el Art. 44 de esta ley*. Si los trabajadores pactan en forma individual o colectiva condiciones salariales inferiores a las garantizadas por el Art. 42 de la LCT, o el Art. 8 del DNU 297/2020 (goce íntegro de los ingresos habituales), ese acto (suspensión concertada) es dejado sin efecto manteniendo la vigencia del contrato (*nulidad relativa del objeto*). Luego, por el mecanismo de integración contractual establecido en el Art. 13 de la LCT, *las cláusulas del contrato de trabajo que modifiquen en perjuicio del trabajador normas imperativas consagradas en las leyes, serán nulas y se sustituirán de pleno derechos por éstas*.

En estos términos, creemos conveniente realizar una somera distinción entre objeto, contenido y efectos del contrato. El contenido del contrato de trabajo no puede ser nunca confundido con su objeto y causa que están directamente relacionados con la operación de tipificación jurídica contractual (*función económico-jurídica típica*). El contenido del contrato está integrado por aquellas disposiciones que establecen las reglas

³⁴ ARIAS GIBERT, Enrique ARIAS GIBERT, Enrique, “La introducción del concepto de fraude a la ley (...)”, *op.cit.*

jurídicas necesarias para el desarrollo del contrato (salario, categoría, jornada, etc.), y que no forman parte del objeto. Por eso, la ilicitud o prohibición del contenido no afecta el negocio jurídico laboral como sí lo afecta la ilicitud o prohibición del objeto (en esta última depende la circunstancia y lo que esté en juego en el acto) que puede llevarlo a la finalización. El contenido, pues, se integra con las normas imperativas, supletorias, la voluntad de las partes, usos y costumbres (Art. 1 de la LCT) que conforman el programa contractual, fuente de obligaciones jurídicas (*los efectos del contrato*) para las partes.

Como se observa, el *mecanismo de integración contractual* refuerza la estructura del orden público de protección, que no es exclusividad del derecho laboral. El Código Civil y Comercial (CCyC) en su artículo 964 establece expresamente el mecanismo de integración al referir que el contrato se integra con “*las normas indisponibles, que se aplican en sustitución de las cláusulas incompatibles con ellas; las normas supletorias; y los usos y prácticas del lugar de celebración*”; que sumado al orden de prelación dispuesto por el Art. 963 del CCyC³⁵, muestran similar estructura que el Artículo 1 de la LCT. A partir de la integración contractual podemos advertir que si un determinado contenido del contrato es inválido, ese contenido específico debe ser integrado por la norma vigente al momento de celebrar el acto. Es lo que establecía el viejo artículo 3 del Código Civil de Vélez, actual Art. 7, tercer párrafo, del nuevo CCyC al disponer que “*las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo*”.

Por lo tanto, si el trabajador pactó una suspensión de tareas con rebaja salarial en los términos del Art. 223 bis de la LCT -*luego del dictado del DNU 297/2020 que estableció la prohibición de trabajo con garantía salarial del cobro íntegro (Art. 42 LCT y Art. 8 del DNU 297/2020)*-, no sería aplicable lo pactado, pues la norma supletoria no altera el contenido del contrato, y por lo tanto, salvo que sean más favorables al sujeto protegido, las modificaciones posteriores no afectan su negocio jurídico³⁶.

Por otra parte, desde el punto de vista de los principios y reglas protectorias generales del derecho del trabajo, jurídicamente tampoco resultan válidas las suspensiones concertadas del Art. 223 bis de la LCT si la sometemos al cotejo del principio de irrenunciabilidad con regulación positiva en el Art. 12 de la LCT. Recuperando su originaria redacción, la norma no deja dudas que toda convención de partes que “suprima o reduzca los derechos previstos en esta ley, los estatutos profesionales, las convenciones colectivas *los contratos individuales de trabajo*, ya sea al tiempo de su celebración o de su

³⁵ Código Civil y Comercial.- Art. 963.- *Prelación normativa. Cuando concurren disposiciones de este Código y de alguna ley especial, las normas se aplican con el siguiente orden de prelación: a) normas indisponibles de la ley especial y de este Código; b) normas particulares del contrato; c) normas supletorias de la ley especial; d) normas supletorias de este Código.*

³⁶ Como señala Arias Gibert, las normas supletorias o imperativas técnicamente no son categorías excluyentes, *sino que existen normas que actúan solamente en función imperativa, otras que actúan en función imperativa y luego supletoria, y otras que actúan solamente de modo supletorio.*

ejecución, serán nulos y sin valor”. El salario pactado integra el contenido del contrato individual de trabajo y conforma su *patrimonio* protegido por el principio de indemnidad (y protectorio) que dieron nacimiento a nuestra disciplina como tal, con su regla accesoria de la irrenunciabilidad de derechos. No pocos juristas olvidan que el salario es un magro, pero no menos cierto, derecho de propiedad para el trabajador (Arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional), parte de su *propiedad social*³⁷, de estricto carácter alimentario, la razón de ser de su irrenunciabilidad. Derecho que obtiene por el cumplimiento del contrato y la puesta a disposición de su fuerza laboral, tanto en su percepción actual como su expectativa a futuro.

Las suspensiones concertadas en forma colectiva tampoco escapan a los vicios jurídicos que invalidarían los acuerdos salariales a la baja. Varias razones imponen la invalidez de los pactos celebrados por los gremios en los términos del Art. 223 bis de la LCT. El primero de ellos es que desnaturaliza la razón de ser de la representación a la que están llamados a ejercer, su existencia se justifica con la conquista de derechos para la clase trabajadora, y no en su retroceso, aunque esté en juego la tan mentada “paz social”. Así lo erige expresamente el Art. 7 de la ley 14.250 de negociación colectiva al disponer que “*la aplicación de las convenciones colectivas no podrán afectar las condiciones más favorables a los trabajadores estipuladas en sus contratos individuales de trabajo*”. A su vez, las entidades sindicales representan intereses colectivos que no están presentes en las negociaciones de condiciones individuales del contrato, como lo es el salario. Si quisieran arrogarse la representación de intereses individuales (o pluri-individuales) deberían contar con mandato suficiente, es decir, acreditar el consentimiento por escrito de los interesados para el ejercicio de su tutela según lo dispone el Art. 22 del decreto 467/88, reglamentario del Art. 31 de la Ley 23.551 (Asociaciones Sindicales).

A modo de conclusión, podemos afirmar que mientras se encuentre prohibido el trabajo en los términos del Art. 40 de la LCT dispuesto por el aislamiento social, preventivo y obligatorio (Arts. 1 y 2 del DNU 297/2020 y sus sucesivas prórrogas por los DNU 325/2020, 355/2020, 408/2020, 459/2020, 493/2020, 508/2020, 520/2020 y el reciente 576/2020), no existe posibilidad alguna de celebrar suspensiones concertadas sobre el objeto de un contrato que previamente ha sido prohibido. Las partes no tienen facultad alguna para evadir la prohibición *so pena* de nulidad de lo actuado por violación del objeto prohibido, amén de haber sido garantizado para el trabajador su salario tanto por la normativa ordinaria de fondo (Art. 42 de la LCT) como por la especial de emergencia (Art. 8 del DNU 297/2020) dictada a los fines de mitigar la propagación de la pandemia desatada por la COVID-19. En consecuencia, los trabajadores tienen el derecho a que se les garantice la totalidad (100%) de sus remuneraciones mientras dure el ASPO.

³⁷ CASTEL, Robert, *Las metamorfosis de la cuestión social*, 1era ed., Paidós, Buenos Aires, 2014.

Aquellos actos jurídicos que se celebren en violación de las normas protectorias dictadas serían pasibles de dejarse sin efectos (nulos) y sustituidos por las normas imperativas que se intentaron evadir. Es decir, las conductas conllevarían un acto de fraude en los términos del Art. 12 del Código Civil y Comercial, como consecuencia del imperio mismo de la ley. Vale aclarar que la ley presume el estado de necesidad del trabajador, con lo cual no es necesario tener que demostrar el vicio de consentimiento ni la intención perniciosa del empleador al momento de cotejar los actos jurídicos viciados con los artículos 7, 9, 11, 12 y 13 de la LCT. Finalmente, en caso de duda *sobre la aplicación de normas legales o convencionales* a los actos jurídicos que se pretenda validar, habrá que seguir lo dispuesto en el Art. 9 de la LCT, que establece la *prelación de la más favorable al trabajador*, sin perjuicio de que deberá resolverse el conflicto normativo siempre conforme a *los principios de la justicia social, a los generales del derecho del trabajo, la equidad y la buena fe* (Art. 11 de la LCT).

La única interpretación armónica (y posible) para la aplicación de las suspensiones concertadas en base al Art. 223 bis de la LCT, es aquella que entienda que sólo podrán utilizarse luego de la vigencia del aislamiento social, preventivo y obligatorio. Y al ser incorporadas al capítulo de las suspensiones económicas deben reunir los requisitos allí establecidos, a saber: *justa causa, plazo cierto, notificación por escrito al trabajador*, y en particular, *pactadas en forma individual o colectiva y homologadas por la autoridad de aplicación*. La homologación es a los fines de realizar el control de legalidad del acto³⁸, sin efecto de cosa juzgada administrativa en los términos del Art. 15 de la LCT, ya que no estamos en presencia de una transacción de hechos controvertidos y de obligaciones litigiosas o dudosas. No obstante, si las suspensiones concertadas fueran masivas, superando las proporciones cuantitativas exigidas para la normativa, deberían cumplir con el procedimiento preventivo de crisis establecido en la Ley Nacional de Empleo (Art. 98 a 105 de la Ley 24.013) o el procedimiento dispuesto en el decreto 328/88 según modificación del Art. 4 del DNU 265/02.

En la actualidad, la figura del artículo 223 bis de la LCT se ha transformado en un verdadero *Frankenstein* de la “disponibilidad” individual y colectiva. Los acuerdos presentados están siendo convalidados por las autoridades administrativas con reducciones salariales que van desde un cuarto (25%) hasta la mitad (50%) en la mayoría de los casos, sin contabilizar que el Estado se hace cargo de mitad de las remuneraciones (*salarios*

³⁸ La autoridad de aplicación nacional (MTEySS-SECLo) no está cumpliendo ni siquiera con el debido control de legalidad. Se ha llegado al tal grado de desprolijidad jurídica -en resguardo de la *celeridad homologativa* de acuerdos de reducción salarial- que ni siquiera se exige la ratificación personal (ni la firma) del trabajador. Los propios letrados de las partes pueden dar fe (bajo declaración jurada) de las “firmas ológrafas” o de la carencia de ellas (“*en caso de no poder efectuar la firma ológrafa deberán arbitrarse por la empleadora los medios conducentes a certificar la autenticidad de la suscripción del trabajador del convenio de un modo fehaciente*”), como de la *expresión del libre consentimiento y discernimiento de cada parte a la que patrocinan o representan*. Ver Art. 4 de la Disposición 290/2020 (11/05/2020) emitida por el Servicio de Conciliación Laboral Obligatorio del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación.

complementarios abonados por ANSES) a través de Programa de Asistencia al Trabajo y Producción (ATP) establecido por los DNU 332/20 y 376/20 y normas complementarias, de todas aquellas empresas que estén cumpliendo el ASPO, o que se hubieran visto perjudicadas en sus ingresos por las medidas de confinamiento social. Es decir, se reparte los costos de la crisis en partes iguales entre el sector obrero y patronal³⁹.

El Art. 223 bis ha sido desnaturalizado de tal forma, que el Estado se vio obligado a modificar la ley de fondo a los fines de ofrecer una cuota de razonabilidad a tamaño esquizofrenia jurídica. El día 16 de junio de 2020, el Poder Ejecutivo Nacional dicta el DNU 529/2020 (B.O. 10/06/2020) de flagrante inconstitucionalidad, modificando la ley 20.744 (t.o.1976) en perjuicio del sujeto llamado a tutelar (trabajador) para ampliar los plazos de suspensiones por causales económicas (Arts. 220 y 221 de la LCT) hasta el límite de lo que dure el aislamiento social, preventivo y obligatorio. Auspiciada desde el gobierno nacional, y replicada por los gobiernos provinciales (con mayor o menor intensidad⁴⁰), la figura del Art. 223 bis de la LCT ha impuesto, en tiempos de crisis y de manera ilícita, rebajas salariales significativas gracias a la actuación dadivosa de sectores sindicales y cámaras patronales.

VI. ¿Constituye la COVID-19 un caso fortuito o de fuerza mayor? Inexistencia de la fuerza mayor en el contrato de trabajo.

La doctrina pareciera coincidir que el “coronavirus” constituye un caso fortuito o de fuerza mayor, entendiéndolo como un hecho imprevisto e inevitable que alteró notoriamente la vida de la sociedad en su conjunto, la economía y los contratos. Apreciación que se extiende a las medidas preventivas de confinamiento social (ASPO, DISPO, etc.) entendidas como *hecho del soberano o fuerza del príncipe*. En este sentido, el análisis jurídico especializado se ocupó de la invalidez de los acuerdos del Art. 223 bis de la LCT o los despidos por *falta o disminución de trabajo o fuerza mayor*. Sin embargo, no se problematizó sobre las causales que dan lugar a dichas suspensiones y al despido.

³⁹ Para un análisis pormenorizado del reparto de costos de la crisis, ver ORSINI, Juan Ignacio., *Prohibición de trabajo y suspensiones concertadas (art. 223 bis, L.C.T.) en el marco de la emergencia (...), op.cit. pág. 21.*

⁴⁰ *En el caso de la Provincia de Buenos Aires, su Ministerio de Trabajo actuó inicialmente con un posicionamiento diferente a la cartera nacional. El 14 de mayo de 2020 reglamentó -por Res. 169/2020- el Procedimiento Preventivo de Crisis (PPC) con la posibilidad de iniciarlo por medios virtuales. Cualquiera suspensión de las establecidas en los Art. 218 y ss. de la LCT, debían cumplir con dicha Resolución. Sin embargo, luego dictó la Res. 185/2020 (04/06/2020) donde reguló el procedimiento para las homologaciones de acuerdo en los términos del Art. 223 bis de la LCT., con la diferencia que los requisitos exigidos son muy similares a los del PPC. Lamentablemente, esos requisitos se flexibilizan de sobremanera cuando se trata de empresas que no están exceptuadas del ASPO (Art. 9).*

En nuestra legislación el *caso fortuito o fuerza mayor* son utilizados como sinónimos, definidos como aquel *evento imprevisible e irresistible* que torna *absolutamente imposible* el cumplimiento de la obligación por parte del deudor. Así lo establecía expresamente en el Art. 514 del Código Civil de Vélez. Una figura que actúa como exoneración de responsabilidad emergente del incumplimiento de una obligación contractual, cuyos caracteres son la *imprevisibilidad (o que previsto no sea evitable), irresistibilidad, e imposibilidad* (absoluta) del cumplimiento de la obligación adeudada. Sin embargo, a lo largo de su evolución histórica, la ley consagró excepciones a la aplicación de la figura. Aún ante la presencia de un *hecho fortuito o fuerza mayor*, se asumía la obligación cuando el deudor estuviera en mora, hubiera pactado asumir el daño dichas causales, el *casus* hubiera sido provocado por la culpa del deudor, o la ley imponía directamente la obligación de cumplimiento aún bajo esos supuestos (Art. 513 del Código Civil de Vélez).

La figura se mantiene en el nuevo Código Civil y Comercial con idéntica definición, caracteres y efectos. El art. 1730, complementado con lo dispuesto en el Art. 955, reproduce en los mismos términos el concepto y sus efectos jurídicos de caso fortuito y fuerza mayor establecido en el viejo código de civil⁴¹. Luego, el Art. 1733 establece las excepciones a la exoneración de responsabilidad por caso fortuito o fuerza mayor, al disponer que el deudor responderá de igual forma si: a) *el deudor hubiere asumido el cumplimiento aún en caso fortuito*, b) *si por una disposición legal resulta que no se libera*, c) *si está en mora*, d) *si el caso fortuito o imposibilidad de cumplimiento sobrevienen por la culpa*, e) *si constituyen una contingencia propia del riesgo de la cosa o la actividad*, f) *si está obligado a restituir como consecuencia de un hecho ilícito*.

En síntesis, la ley define al *caso fortuito o fuerza mayor* como aquel hecho imprevisto e irresistible que imposibilita el cumplimiento de la obligación. La imposibilidad que requiere la norma debe ser *sobreviniente, objetiva, absoluta y definitiva* según lo dispone expresamente el Art. 955 del CCyC. Salvo que la misma resulte temporaria, en cuyo caso, tendrá efecto extintivo sólo cuando el plazo fuere esencial o cuando su duración frustre el interés del acreedor de modo irreversible (Art. 956 CCyC).

El origen de nuestra disciplina, frente a la necesidad de regular los accidentes de trabajo a comienzo del siglo XX, está íntimamente vinculado a la consagración del principio de indemnidad y su regla de ajenidad del riesgo en la empresa. Derivada de la teoría del riesgo profesional, impulsada por los contractualistas belgas y franceses, se va consolidando un sistema objetivo de atribución de responsabilidad ante los accidente de trabajo. El jurista catalán Biale Massé, en defensa del Código Civil de Vélez Sarsfield,

⁴¹ Artículo 1730 CCC. *Caso fortuito. Fuerza mayor. Se considera caso fortuito o fuerza mayor al hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado. El caso fortuito o fuerza mayor exime de responsabilidad, excepto disposición en contrario. Este Código emplea los términos “caso fortuito” y “fuerza mayor” como sinónimos.*

entiende que la garantía de seguridad en una prestación de servicios estaba ínsita en la responsabilidad contractual derivada del Código Civil, y que ante el daño generado a un dependiente en ocasión de su contrato, debía ser indemnizado porque quien “*tiene el lucro, lo cómodo de la cosas, debe soportar lo incómodo, el riesgo*”⁴². El criterio que lo inspira es aquel que determina “*si el patrón se beneficia directamente de las utilidades de la industria, debe soportar el riesgo y los daños que genere aún frente a hechos de fuerza mayor o caso fortuito*”.

Fue la preocupación del Estado ante el surgimiento de lo que se denominó “la cuestión social”, el intento de conjurar el riesgo de fractura que impone la sociedad en su confrontación clasista, lo que llevó a estudiar la aplicación de una garantía de seguridad en los contratos de trabajo. Hasta el presidente Theodore Roosevelt bregó por el sistema de responsabilidad objetiva (sin culpa) en la necesidad de regulación de los accidentes de trabajo (aún ante *hechos fortuitos*):

*“Es un cruel gravamen para el trabajador asalariado y su familia el tener que soportar él solo el efecto de esos accidentes; y por otro lado existen clases enteras de procuradores que sólo viven de inducir á los hombres, hayan sido ó no perjudicados, á entablar pleitos por negligencia. En realidad, un pleito por negligencia, es generalmente un recurso inadecuado para la persona perjudicada, mientras que á menudo causa una molestia completamente desproporcionada al patrono. La ley debería establecer que el pago por accidentes por parte del patrono fuera automático en vez de ser asunto de litigio. Los obreros deberían recibir una indemnización cierta y definida por los accidentes del trabajo, sin considerar si hubo negligencia. El patrono es el agente del público y sirve á éste bajo su propia responsabilidad y en su propio provecho. Cuando pone en actividad empresas que engendran riesgos para otros, él debería correr con todos los riesgos ordinarios y extraordinarios inherentes; y el riesgo que él corre así por el momento, será en definitiva asumido, como debe serlo, por el público en general. Sólo de este modo el golpe del accidente puede ser repartido, en vez de caer sobre el hombre ó la mujer menos apto para soportarlo, como ocurre ahora. La comunidad en conjunto debería compartir así las cargas como los beneficios de la industria. Por la ley propuesta, los patronos ganarían una deseable certeza en sus obligaciones y se librarían del litigio para determinarlas, mientras que el obrero y su familia se aliviarían de una carga aplastadora*⁴³.

Es evidente e inocultable la tensión que provoca la recepción de la fuerza mayor en nuestro contrato trabajo como eximente de responsabilidad del empleador (deudor). En una disciplina que debiera caminar hacia un sistema de responsabilidad objetiva, la figura de la fuerza mayor genera una disrupción epistémica. En forma temprana Eduardo Perugini advierte su inadmisible recepción en lo que debería ser el ámbito de una teoría general de las obligaciones laborales⁴⁴, debido a una mala traslación de una *excepción de cumplimiento por estado de necesidad* al ámbito del contrato de trabajo. Al incorporarse al

⁴² BIALET MASSÉ, Juan, op. cit.

⁴³ ROOSEVELT, Theodore, Opinión del presidente Roosevelt sobre la cuestión obrera, Boletín del Departamento Nacional del Trabajo, 1908, Marzo, N° 4, pág. 123 y ss.

⁴⁴ PERUGINI, Eduardo R., “La fuerza mayor en la ley de contrato de trabajo”, op.cit.

contrato se establece una poderosa causal de exoneración de responsabilidad patronal ante prestaciones de carácter alimentario.

La *fuera mayor* nació como un verdadero “estado de necesidad” tendiente a proteger al deudor en la relación civil o comercial, es decir, a favor del débil de la relación. Su surgimiento en el derecho romano permitía a un capitán de navío exonerarse de la responsabilidad de entregar la mercancía comprometida ante una tempestad (y una real posibilidad de naufragio) que lo obligara a deshacerse de la misma para resguardar su vida. Una excepción al cumplimiento basada un clásico estado de necesidad, “*una situación donde dos o más derechos o intereses legítimos colisionan y se resuelven por el sacrificio de uno de ellos en favor de otros*”⁴⁵. En el contrato de trabajo la pugna de derechos se debe resolver en favor del dependiente porque está en juego su existencia y su persona, mientras que el patrón sólo arriesga cuestiones económicas.

Como sostiene Perugini, la fuerza mayor en el derecho civil se ampara en una *interpretación estática y defensiva del deudor*, derivada del *favor debitoris*, expresión latina que consagra la regla que en caso de duda, ante una obligación, habrá que decidir a favor del deudor. Por tal razón, no puede traspolarse de manera mecánica la figura de la fuerza mayor al contrato de trabajo, pues, en el derecho civil y comercial sus normas tienden a prestar atención (y en cierta forma proteger) al sujeto deudor, el débil de la relación. En cambio, en la relación jurídica laboral, el trabajador es la parte débil de la relación, el sujeto de preferente tutela constitucional, cuya posición negocial lo convierte en “acreedor”. Este mal traslado de la fuerza mayor al derecho de trabajo (y su contrato) sufre fuertes desviaciones que perjudican aún más al sujeto que la ley llama a tutelar. Como vimos, desde el derecho civil o comercial no cualquier acontecimiento puede ser considerado como caso fortuito o fuerza mayor. En el derecho común se la utiliza como una exoneración de responsabilidad de *carácter excepcional y extremo*. Ahora devenida en el contrato de trabajo, la figura se vuelve más laxa y permisiva, permitiendo suspender el pago de salarios al trabajador (y hasta el despido) sin necesidad de afectar el tráfico comercial del emprendimiento.

Por otra parte, polemizamos con el sentido general dado a la causal de *falta y/o disminución de trabajo*, entendida como un caso *parcial* de excesiva onerosidad sobreviniente que implicaría una alteración en la relación de intercambio propia del contrato de trabajo⁴⁶. Estimamos desacertado intentar cuajar la teoría de la imprevisión en el derecho laboral. Pues, el propio contrato de trabajo es un supuesto de imprevisión que altera la ecuación económica de la relación obligacional. Al trabajador no se le abona el

⁴⁵ REZZONICO, Luis María, “*Estudio de las Obligaciones*”, Ed. Ciencias Económicas, Buenos Aires, 1958, pág. 110, citado por PERUGINI Eduardo R., Op.cit.

⁴⁶ ACKERMAN, Mario E., *Ley de Contrato de Trabajo Comentada*, Rubinzal-Culzoni, 2016, Tomo 3, pág. 35.

total del valor que produce, al contrario, sólo se abona una parte para que la restante pueda ser apropiada por el empleador en el proceso productivo de valorización de su capital. Es el ordinario funcionamiento en que se basa el sistema productivo capitalista y la particularidad de los intereses contrapuestos en el contrato de trabajo. Un contrato que legitima una relación económica de excesiva onerosidad para una de las partes, donde la desproporción se encuentra en su origen y finalidad (causa-fuente), no sobreviniendo a su celebración, más bien conservándose en su desarrollo.

Se recurre a la teoría de la imprevisión para justificar la figura de *falta o disminución de trabajo* como una reducción de la carga patronal de dar ocupación. Así planteado, pareciera que esta figura apunta solo a liberar al deudor de su obligación de “dar ocupación”, olvidando que no es la única responsabilidad asumida en el contrato. Tal como hemos desarrollado en el presente artículo, en el caso de trabajo prohibido dispuesto por el DNU 297/2020 y sus prórrogas (contrato de trabajo de objeto prohibido, Art. 40 de la LCT), el empleador se ve imposibilitado de cumplir con su obligación de dar ocupación y, sin embargo, debe mantener el cumplimiento del pago de los salarios (Art. 42 de la LCT). La pretendida aplicación de la teoría de la imprevisión resulta a todas luces conflictiva en nuestra materia, apenas se aprecie que el sujeto fuerte de la relación, el deudor (patrón), puede solicitar *la resolución total o parcial del contrato, o su adecuación, cuando la prestación a cargo se torna excesivamente onerosa por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevinida por causa ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada* (Art. 1091 del Código Civil y Comercial). Como se observa, el riesgo de la actividad asumido por el empleador constituye la particularidad del negocio jurídico laboral descartando la aplicación de la teoría de la imprevisión contractual.

De esta forma, insistimos en que la figura de *falta o disminución de trabajo* no es un híbrido en el camino de la fuerza mayor y la teoría de la imprevisión como sostienen grandes autores⁴⁷. La creemos más cercana a una torpe traslación del caso fortuito al contrato de trabajo, de conformidad al sentido dado por los clásicos. Recordemos que *Demolombe* entendía al caso fortuito como hecho proveniente del hombre, y no de la naturaleza exterior reservado a la fuerza mayor; o en los términos de *Joserrand*, donde el hecho fortuito es aquel acontecimiento que se produce en el interior del círculo obligatorio, obstáculo de menor significación en palabras de *Colin, Capitant y Julliot de la Morandiere*, diferente a la fuerza mayor entendida como hecho extraño a la persona del obligado e irresistible que torna imposible el cumplimiento de la obligación.

Como se advierte de la propia definición legal, la aplicación del *caso fortuito o la fuerza mayor* al contrato de trabajo conlleva una irresoluble tensión, sólo superable con su

⁴⁷ Brito Peret, Goldín, Izquierdo, Rodríguez Mancini, Ackerman, entre otros.

eliminación. La imposibilidad de cumplimiento de obligaciones contractuales derivada del hecho imprevisto e irresistible constituye una contingencia propia del riesgo de la actividad. Cabe aclarar que la fuerza mayor es un concepto relacional, que no puede abarcar circunstancias aisladas y generalizables *ex ante* del análisis del caso concreto. Por esta razón, no se puede afirmar *prima facie* que la COVID-19 es un hecho fortuito y de fuerza mayor. La aparición de la pandemia es un acontecimiento imprevisto e irresistible pero, desde el punto de vista jurídico, no alcanza con esa circunstancia para definirlo como caso fortuito o de fuerza mayor. Las circunstancias deben ser analizadas en cada caso concreto, en cada vínculo relacional, y cotejar si la obligación adeudada deviene imposible en forma absoluta, definitiva y duradera. No obstante, se deberá observar si el acontecimiento imprevisto e irresistible constituye una contingencia propia del riesgo de la actividad (Art. 1733, inciso. e del CCyC). Por estas consideraciones, la jurisprudencia de manera unánime rechaza los despidos por fuerza mayor.

En suma, coincidimos que la *fuerza mayor* es inexistente en el contrato de trabajo junto con la *falta o disminución de trabajo*, institutos desnaturalizados de su función jurídica al ser mudados al ámbito laboral. Si fuera trasladable sin más la figura de fuerza mayor al contrato de trabajo no tendrían razón de ser los artículos 40 y 42 de la LCT, ya que la prohibición de trabajar establecida por la autoridad (contrato de objeto prohibido) encuadraría como *hecho del príncipe*, permitiendo exonerar del cumplimiento del pago de salarios al empleador. Sin embargo, la norma establece una salida contraria y obliga al patrón a pagar salarios de acuerdo a lo establecido en el Art. 42 de la LCT, cuando la autoridad hubiera dispuesto tiempo la prohibición de trabajar por un determinado. Hay que recordar que se debe salario por el cumplimiento del contrato, no por la efectiva prestación de tareas. Y mientras dure la medida dispuesta (ASPO) que prohíba las prestaciones de tareas, no existe incumplimiento contractual del trabajador, en consecuencia, tiene derecho a percibir sus salarios. Por todo lo expuesto, y más a desarrollar en futuros trabajos, sostenemos que la *COVID-19* no constituye *–prima facie y ex ante–* un caso fortuito o de fuerza mayor que pueda eximir de responsabilidad al empleador de sus obligaciones laborales.

VII. Corolario

Para finalizar, bien vale una digresión. El derecho social no está ajeno a la profunda crisis civilizatoria en la que estamos inmersos. Si pretendemos hacer “ciencia social” debemos trascender el campo jurídico en disputa ante las manifestaciones de poderosas causas endógenas y exógenas que pugnan por su desaparición. Las endógenas las debatimos con mediana cotidianeidad en el campo jurídico de pertenencia. En tiempos de crisis agravada por la pandemia y desigualdades manifiestas ante la emergencia, se impone

una salida que refuerce los principios rectores del constitucionalismo social, el derecho del trabajo y la justicia social. Un esfuerzo mancomunado de contribuir al mantenimiento y estabilidad del bien común como reaseguro de una justicia retributiva al amparo de los sujetos más vulnerables que la constitución llama a tutelar. Que sirva el presente trabajo como un humilde aporte a combatir las causas endógenas.

Pero las causas exógenas, poderosas e irremediables, logran siempre estar fuera de nuestro alcance, se mantienen excluidas e invisibilizadas de la manera en la que intentamos hacer “ciencia”, destinadas a otras áreas de inalcanzable inteligibilidad académica (economía política, sociología, antropología social, etc.). Debemos ser conscientes de nuestras deficiencias, ya que el Estado Social de Derecho se encuentra en retaguardia, resistiendo los embates que le imponen sus límites epistemológicos. Basta la mera realidad para demostrarnos la impotencia que transitan las normas de emergencia en la protección de los puestos laborales, el salario y las condiciones de trabajo. A pesar de la atinada prohibición de suspensiones y despidos establecidos por el DNU 329/2020 (prorrogado por el DNU 487/2020), sin embargo -según datos del Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA)-, más de 185.000 trabajadores registrados perdieron sus empleos en abril de 2020, sin contar la caída de empleos en el sector informal. A lo que se suman las innumerables suspensiones acompañadas de rebajas salariales.

¿Por qué el “campo jurídico”, comprendido tan solo como respuesta legislativa (y en última instancia judicial) a la crisis, se muestra inservible e inútil para proteger a los vulnerables? Esta es la discusión que nos debemos como juristas y actores en ciencias sociales. ¿Cuáles son las complejas relaciones materiales que moldean nuestras vidas y, en consecuencia, nuestras relaciones jurídicas? No se puede pretender que el debate jurídico transforme la decadencia de nuestra sociedad. Mientras el sistema siga reproduciendo su lógica de acumulación y relaciones de poder, los debates jurídicos por más avezados y radicales que fueran seguirán desnudando su impotencia manifiesta para transformar la realidad.

Como decía el célebre pensador del siglo XIX, *las formas de Estado no pueden comprenderse por sí mismas ni por la evolución general del espíritu humano, sino radican, por el contrario, en las condiciones materiales de vida*. No hay crisis económicas que se solucionen con dictados de normas. Ante la carencia momentánea de un sujeto colectivo que haga temblar nuevamente los cimientos materiales en los que se afirma la reproducción contemporánea de nuestra existencia, lamentablemente el derecho social seguirá a la defensiva, con digna –pero insuficiente- vocación de resistencia.