**EL LIMITADO RECONOCIMIENTO DEL CORONAVIRUS COMO ENFERMEDAD PROFESIONAL.**

 **Por José Daniel Machado.**

**NOTA: Este trabajo se publicó en Rubinzal On Line (Suplemento Digital Covid-19) con anterioridad a la Resolución SRT 38/2020 –Boletín Oficial del 28.04.20- que reglamentó el trámite ante la ART y ante la Comisión Médica Central. Muchos de los interrogantes sin respuesta del autor se resuelven con su lectura.**

1. **Lo que no dice el DNU 367/2020.**

 Las generalizaciones y distorsiones con que circula la información en los medios masivos obligan a comenzar aclarando lo que el DNU no dice: *el COVID-19 no se incorpora al listado de enfermedades profesionales* del Dec.658/96 y sus normas complementarias.

 El art.1 de la nueva norma es claro al respecto. Incluye a la patología dentro de la categoría de las “enfermedades profesionales no listadas”, es decir, de las que ordinariamente deberán tramitar su reconocimiento o identificación como tales ante las Comisiones Médicas y de acuerdo al procedimiento reglado por el art.6.2 de la LRT (tras la modificación del DNU 1278/00).

 Sin embargo, de manera provisional o transitoria se instituye un régimen especial con la finalidad de agilizar aquél trámite, simplificarlo y favorecer la protección de las víctimas mediante la institución de algunas presunciones. Una vez vencido el período de vigencia del DNU no rigen los beneficios que esta norma prevé.

 ¿Qué cambia entonces? Fundamentalmente las reglas acerca de la prueba al interior de ese trámite, más una especie de medida cautelar legalmente dispuesta por la que, mientras se sustancia, el trabajador o trabajadora recibe las prestaciones dinerarias y en especie.

 A propósito de esto último, la norma no menciona *a los derechohabientes* en caso de muerte, lo cual puede responder a que, en tal caso, la única prestación en especie sería la de los gastos funerarios (cuya procedencia habría que aclarar en la reglamentación) y, en dinero, solo corresponde la indemnización por fallecimiento que deberá esperar la correspondiente calificación jurídica.

 Otro aspecto general a destacar es que esa calificación la realiza *originariamente* la CMC con asiento en Buenos Aires. Quizá sea prematuro criticar esa decisión en tanto no contemos con la normativa reglamentaria del trámite. Pero *prima facie* parece que no será necesaria ninguna sustanciación previa ante las CCMM locales según la ley 27348 y la Res.SRT 298/17. Ello puede suponer “dinamita” contra el sistema de adhesiones provinciales que, precisamente, pusieron como *conditio* la proximidad de la instancia administrativa y la apelación ante instancias judiciales locales. Todo un tema cuyo desarrollo excede el propósito de este comentario pero que, desde ya, puede levantar polvareda constitucional. Para variar.

1. **Tarde, pero retroactivo.**

 El DNU se publicó en el Boletín Oficial del día 14.04.2020, fecha que determina su entrada en vigencia según art.8 de la misma norma y art.7 del CCC. Había pasado entonces casi un mes desde el comienzo del aislamiento y ya arreciaban las críticas hacia cierta actitud terraplanista del gobierno, “negadora” por omisión de la evidencia de contagio a los trabajadores no aislados.

 Sin embargo, el artículo 7 establece que sus disposiciones *“se aplicarán a las contingencias cuya primera manifestación invalidante se haya producido a partir de la entrada en vigencia del DNU 297 de fecha 19 de marzo de 2020.”* O sea que esta última es la que determina la “fecha de corte” en que se inicia la aplicación de los beneficios.

 En buen romance ello significa que la norma constituye una excepción a la regla, según la doctrina de la CSJN en la causa “Espósito”, ya que se aplicará a hechos anteriores a la norma misma. En tal sentido, recordemos que el art.7 CCC admite la retroactividad cuando expresamente se la prevé, pero agrega en su párrafo segundo que *“La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales.”*  De cualquier manera, más allá de posibles controversias teóricas, la imputación de la deuda a cargo del Fondo Fiduciario de Enfermedades Profesionales (DNU 1278 y Dec.590/97) pone eventualmente en cuestión la legitimación activa de las ART para instar cualquier planteamiento basado en los derechos de propiedad.

1. **Provisionalidad. Hasta cuando rige el régimen de favor.**

 Otra de las características de la norma es su *provisionalidad.* Como ya anticipé, ha de regir solamente por el plazo indefinido que se extiendan la emergencia sanitaria y el ASPO al que la misma ha dado lugar. Finalizado el aislamiento del Dec.297/20 caduca la protección especial, salvo para los sujetos comprendidos en el art.4 del decreto (los agentes de salud) respecto de los que se extiende por otros 60 días desde la finalización, no ya del ASPO, sino de la emergencia sanitaria (Dec.260/20).

 Ahora bien, el art.1 dice que la presunción que instituye estará en vigor  *“mientras se encuentre vigente la medida de aislamiento”* (la originaria y sus prórrogas). Ello deja en una *zona gris* a los contagios que los trabajadores del art.3 (los excluidos del ASPO que no sean de la salud) denuncien después de finalizado el aislamiento, pero que se hubiesen contraído antes de entonces.

 Estimo que por vía reglamentaria la SRT, en un todo de acuerdo con el espíritu de la norma, debiera prever que las denuncias recibidas por la ART hasta, por lo menos, el decimocuarto día corrido posterior a la finalización del aislamiento quedan incluidas en la protección.  Ello así en la medida en que, obviamente y según la información médica disponible hasta aquí, ese es el período máximo de “incubación” dentro del que debe expresarse la sintomatología. De lo contrario se dejará fuera del ámbito de aplicación de la norma a los trabajadores contagiados durante las últimas dos semanas del aislamiento.

1. **Beneficiarios: grupo I (medida cautelar, presunción homini, trámite, carga de la prueba).**

A los fines prácticos corresponde distinguir entre lo que llamaré Grupo I y el Grupo II, integrado exclusivamente por los “agentes de salud”.

 El Grupo I comprende a todos los trabajadores dependientes que por disposición legal estuvieren *excluidos de la aplicación del ASPO.* Lo cual, por supuesto, presupone que trabajen en actividades calificadas como *esenciales.* Esas actividades son las que resultan, originariamente, del ART.6 del DNU 297/20 y las inclusiones que –según el mismo autoriza- disponga ulteriormente el Jefe de Gabinete de Ministros. Hacia fines de abril ya superaban las 60 y se sigue ampliando la nómina.

 Respecto de estos trabajadores los beneficios son los siguientes:

1. **Medida cautelar de fuente legal. Primera presunción. Efectos.**

Por imperio de la norma misma y a mérito de la presunción que instituye, las ART *no podrán rechazar la denuncia de contagio* que realicen los trabajadores arriba enunciados. Es decir que la denuncia se considera provisoriamente aceptada, con el efecto de habilitar el otorgamiento inmediato de las prestaciones que, al no haber distingo legal, parecen extenderse tanto a las no dinerarias como a la prestación por ILT, si correspondiere. Ahora, que el art.2 no distinga no conduce a que se deba satisfacer de modo inmediato y sin previa intervención de la CMC la prestación por muerte. Ello sería inconsistente con lo que dispone el art.3 del mismo decreto y, además, recordemos que entre los beneficiarios de la presunción no se incluye a los causahabientes que serían sus acreedores.

El goce de la presunción requiere que la enfermedad se acredite, al momento de la denuncia, mediante “diagnóstico confirmado” expedido por una “autoridad debidamente autorizada”, predicado este que sin duda requiere precisión reglamentaria.

1. **Trámite y carga (dinámica) de la prueba. Segunda presunción. Recurso judicial.**

Mientras se benefician del estatus provisional tratado en el punto anterior, los trabajadores deben aguardar que la Comisión Médica Central confirme o descarte la presunción. No aclara el DNU si corresponde algún tipo de sustanciación y si, en su caso, se aplica a la misma lo previsto por la ley 27348 y la normativa complementaria (en especial, Resolución SRT 298/17).

En este trámite corren –en principio- con la carga de la prueba de la relación causal entre la actividad y el contagio*. Pero aquí entra en juego una novedad trascendente.* Es que podrán gozar de una presunción *homini* acerca de esa vinculación si acreditan indicios en tal sentido, tales como “hechos reveladores de la probabilidad cierta de que el contagio haya sido en ocasión del cumplimiento de las tareas desempeñadas”. La misma norma menciona entre esos “hechos reveladores” a la circunstancia de que en la misma actividad o establecimiento se hubieren registrado un número trascendente de contagios, o que existió cercanía o posible contacto de la víctima con el agente de riesgo. Se trata, como vemos, de una hipótesis abierta de indicios, en la que destaca el uso de la palabra “ocasión” que es más propia del régimen de los accidentes que el de las enfermedades. Ello tiene un efecto ampliatorio de las posibilidades de incriminación (por ejemplo, entre los transportistas y personal de seguridad).

Si la víctima acredita los indicios, opera la carga dinámica de la prueba y la ART deberá destruir la presunción resultante mediante la demostración de que el contagio obedeció a otras razones (por ejemplo, que el trabajador convive con persona previamente infectada).

No aclara el DNU cual es el órgano y trámite para una posterior “revisión judicial suficiente” de lo decidido por la CMC. En las provincias que hayan adherido al régimen de la ley 27348 el régimen recursivo reconduce a la justicia competente en cada provincia. Para las que no adhirieron, en virtud de la jurisprudencia de la CSJN que declaró la inconstitucionalidad de las CCMM (“Castillo” de 2004 y “Obregón”, de 2012, entre otras), el reconocimiento de la calidad de enfermedad profesional puede ser solicitado directamente ante la justicia laboral de la jurisdicción (CSJN en “Rivadero, Nicolás Cayetano c/Liberty ART”, de 2013).

1. **Beneficiarios: grupo II (presunción legal *juris tantum*).**

 En este caso, que comprende exclusivamente a los trabajadores y trabajadoras de la salud (así les llama el art.6.1 del Dec. 297/20), la víctima o sus derechohabientes no deben en principio probar nada más que su afectación a dicha actividad. Adviértase que la norma no restringe su alcance a que, por ejemplo, se demuestre haber estado en contacto con pacientes contagiados como sí lo hace el Dec.658/96 a propósito del Sida. Basta con la condición de agente sanitario. De cualquier manera queda la duda de si queda o no comprendido en ese carácter, por ejemplo, al personal administrativo de una clínica con internación. Si el criterio fuera el del CCT que les alcanza, lo que parece razonable, la respuesta ha de ser afirmativa en la medida en que las representa colectivamente la FATSA (Federación de la Sanidad).

 Probada dicha pertenencia, como dije, a la primera presunción, la que deriva de su condición de personal excluido del ASPO y que es común a la del Grupo I, el trabajador gana una *segunda presunción legal*. Es lo que técnicamente se denomina *presunción causal de autoría,* o sea que se tiene por cierta la vinculación entre el trabajo o actividad u ocasión laboral y la patología. Sin que deba acreditar indicio alguno para “ganar” esa presunción porque la norma ya la establece.

 Por ejemplo: mientras el trabajador de una funeraria (Grupo I) debe demostrar que la pompa para la que trabaja intervino en el sepelio de personas infectadas y que él estuvo en contacto con esos restos mortales, el trabajador “de la salud” (Grupo II) goza de la presunción sin necesidad de demostrar que participó de la atención de un paciente infectado.

 Por supuesto, se trata de una presunción *iuris tantum*, que admite prueba en contra acerca de una diferente circunstancia u ocasión de contagio.

1. **El problema: la concausa personal (predisposición) y la comorbilidad como eximente.**

Desde una mirada substantiva, el régimen de enfermedades profesionales requiere que entre las tareas y el daño exista una relación causal que el art.6 LRT exige que sea *“directa e inmediata”* además de *“exclusiva y eficiente”.* Es decir que menciona a todas las teorías sobre la causa que esquematizó el maestro Isidoro Goldemberg, siguiendo a Andreas Von Thur, menos la que es propia del derecho civil argentino: la de la causalidad *adecuada.* La teoría de la causa inmediata/directa, a veces llamada “próxima”, es la que domina la escena….en el Derecho anglosajón.

Todo ello supone un vínculo más estrecho, más fuerte, que el de una mera “previsibilidad” basada en la probabilidad del enlace. E incluso cuando la LRT regula las posibilidades de inclusión conferidas a la Comisión Médica Central le corta la rienda con esta expresión:

 *“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.”*

 Pues bien. El DNU se mantiene dentro de esa lógica. El artículo 3 encomienda a la Comisión Médica Central establecer *“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, en los términos especificados en el artículo 1°.”*

 Se sigue de allí una posibilidad con efectos devastadores para el interés de las víctimas. En concreto, que la Comisión Médica establezca que la muerte o incapacidad es resultado del enlace concausal entre el contagio Covid-19 y *una comorbilidad* deducida del hecho de que la víctima pertenezca a un grupo de riesgo: edad avanzada, preexistencia respiratoria (EPOC), diabetes, ictus, hipertensión, tratamiento quimioterapéutico en curso o reciente, inmunodepresión crónica, entre otras que indica la medicina. Y que, consecuentemente, descarte la calificación como enfermedad profesional o, en el mejor de los casos, establezca un porcentaje del daño no resarcible por responder a un factor ”no atribuible al trabajador”.

 ¿Sucederá eso? Depende del éxito o fracaso de las actuales estrategias de control de daños que han diseñado los sanitaristas e infectólogos, más que de criterios jurídicos. Si se trata de atender a un número moderado de siniestros, de suerte que no comprometa la sustentabilidad económica del sistema, estimo que el argumento quedará “en la manga” ya que nadie querrá pagar el antipático costo de dejar a las víctimas desamparadas en medio de la cosecha de aplausos que se han sabido ganar. Pero si la prevención colectiva fracasa y hay que vérselas con una cantidad “europea” de muertes, es probable que el “as” de la comorbilidad entre a jugar su partida.

 ¿Suposición? Sí. ¿Razonable? También. Vean si no lo dice con garbo y casi todas las letras el párrafo 14 de los Considerandos:

 *“Que las soluciones que se disponen preservan los pilares esenciales del plexo de obligaciones propio del Sistema de Riesgos del Trabajo, así como su viabilidad económica financiera, receptando a la vez la aplicación de elementales principios de justicia social en el actual contexto de emergencia sanitaria.”*

1. **Excluidos (el inexistente Grupo III)**

Como afirma con razón Arese en su publicación de la víspera, el listado de actividades comprendidas en el concepto de “esenciales” es muy amplio y parece tomar como línea divisoria el hecho de no haber quedado al amparo del ASPO, lo que ya supone en sí mismo un justo título para acceder al favor legal. Tratándose de una patología sobre la que hay todavía más vacilaciones que certezas, resulta razonable y adecuado recurrir al principio precautorio: en la duda, a favor del cuidado y la protección.

 Claro que, por cierto, la presunción *homini* que asiste a las víctimas del Grupo I jugará con mucha más razón y poder convictivo en ciertos casos, como el de las funerarias, farmacias, recolectores de residuos, o los medios de transporte, que en otros en que el contagio parece menos probable (por ejemplo, empleados del Banco Central o la Casa de la Moneda).

 Pero quiero dedicar un párrafo final a los trabajadores y trabajadoras que no se encuentran exceptuados del ASPO y, por ende, no integran ninguno de los Grupos sino el que solamente existe en mi imaginación, el Grupo III ¿significa ello que quedan al margen de cualquier protección? ¿o solamente que no se favorecen con ninguna de las presunciones analizadas?

 El dilema recuerda, una vez más, al que se suscitó oportunamente con las enfermedades “no enlistadas” conforme a la redacción del originario art.6.2 de la LRT, esto es, que ellas o sus consecuencias “en ningún caso serán consideradas resarcibles”. Lo que, como se sabe, dio lugar a la doctrina de la CSJN en la causa “Silva, Facundo c/Unilever de Argentina SA” y en la ya citada “Rivadero”. En la primera de ellas se consagró el derecho de las víctimas a accionar civilmente contra el empleador en el caso de demostrarse la relación causal adecuada con las tareas, cuando la patología no estuviere incluida en la lista del seguro. En la segunda, se admitió que una vez probada la relación entre las tareas y el daño, no era razón bastante para rechazar la cobertura por parte de la ART el hecho de que la enfermedad no estuviera enlistada respecto de cierta tarea o actividad.

 Es decir que estos trabajadores tendrán, por una parte, la acción civil contra el empleador sobre la base de demostrar la relación causal adecuada entre el daño y su tarea; y por la otra, la posibilidad de instar contra la ART la declaración de la enfermedad como imputable al trabajo según el procedimiento del art.6 LRT.

 Pero en este escenario habrá que considerar como defensa de las ART que, si se trata de una actividad alcanzada por la prohibición resultante del ASPO, los servicios prestados en violación a esa normativa podrían configurar un supuesto de “propia torpeza” o culpa de la víctima. Y, se sabe, no pocos tribunales –en especial los superiores- son bastante sensibles al convincente argumento de que son los trabajadores, y no los empleadores, quienes imponen a la otra parte trabajar igualmente a despecho de la prohibición bajo la amenaza de renunciar al empleo.