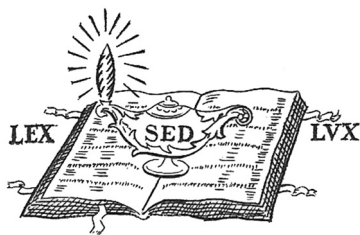


ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y
CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

ANALES

SEGUNDA ÉPOCA
AÑO LXV - NÚMERO 58
2020



BUENOS AIRES

**ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS
SOCIALES DE BUENOS AIRES**

Presidente

Académico Dr. ROBERTO E. LUQUI

Vicepresidente

Académico Dr. EMILIO P. GNECCO

Secretarios

Académico Dr. JOSÉ W. TOBIAS
Académico Dr. EDUARDO A. SAMBRIZZI

Tesorero

Académico Dr. ALBERTO B. BIANCHI

COMISIÓN DE PUBLICACIONES

Director Honorario

Académico Dr. JAIME L. ANAYA

Director de Publicaciones

Académico Dr. GREGORIO BADENI

Vocales

Académico Dr. JOSÉ W. TOBIAS

Académico Dr. ALBERTO B. BIANCHI

ÍNDICE

ANALES 2020

I. COMUNICACIONES EN SESIONES PRIVADAS

<i>El enriquecimiento sin causa y la compensación económica como instrumentos usados por la jurisprudencia para decidir cuestiones patrimoniales derivadas de la unión convivencial.</i> Comunicación de la Académica doctora Aída R. Kermelmajer de Carlucci, en la sesión plenaria del 13 de agosto de 2020	17
<i>Balance de la aplicación del Código Civil y Comercial a cinco años de su entrada en vigencia.</i> Comunicación del Académico Julio César Rivera, en la sesión plenaria del 27 de agosto de 2020	47
<i>La Terapia Experimental y la Pandemia.</i> Comunicación del Académico José W. Tobías, en la sesión plenaria del 24 de septiembre de 2020	91
<i>La anomia argentina y una tarea impostergable.</i> Comunicación del Académico Carlos A. Etala, en la sesión plenaria del 8 de octubre de 2020	115
<i>El Juicio por Jurados ante la reforma judicial.</i> Comunicación del Académico Alberto Ricardo Dalla Vía, en la sesión plenaria del 22 de octubre de 2020	127

<i>La cuestión de la justicia en el Edipo rey de Sófocles.</i> Comunicación del Académico Siro M. A. de Martini, en la sesión plenaria del 12 de noviembre de 2020	143
<i>Del voluntarismo jurídico a la razón práctica en el derecho.</i> Comunicación del Académico Rodolfo Vigo, en la sesión plenaria del 26 de noviembre de 2020	171
<i>El cuidado y control de las instituciones del Estado mediante el Derecho.</i> Comunicación del Académico Jorge Reinaldo Vannossi, en la sesión plenaria del 3 de diciembre de 2020 . .	191

II. ACTIVIDADES DE LOS INSTITUTOS

Instituto de Derecho Administrativo	211
Instituto de Derecho Civil	221
Instituto de Derecho Constitucional <i>Segundo V. Linares Quintana</i>	225
Instituto de Derecho Internacional Público	229
Instituto de Derecho Penal	231
Instituto de Derecho Procesal	233
Instituto de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social	235

III. OTRAS DISERTACIONES Y TRABAJOS

<i>Transformaciones Sociales y ¿Crisis del Derecho?</i> Comunicación preparada por el Académico Mariano Gagliardo, para la sesión plenaria del 23 de abril de 2020, que luego fue suspendida por razones de COVID-19	239
<i>La Autonomía en jaque... y la Constitución también.</i> Comentario al fallo “Lanzieri” y otras consideraciones, trabajo inédito del Académico Julio César Rivera, que forma parte de una obra que dirige el Académico de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Daniel Pizarro .	255

- ¿Es constitucional la norma que impone a los empleadores privados el pago íntegro de sus remuneraciones a los trabajadores afectados por el aislamiento preventivo y obligatorio?,* trabajo elaborado por el Académico Carlos Alberto Etala ante la propuesta de la Presidencia del 21 de abril de 2020 de abordar temas vinculados con la pandemia de COVID-19 281
- La crisis y la incertidumbre en la época del COVID-19.* Texto elaborado por el Académico Enrique M. Falcón, ante la propuesta de la Presidencia del 21 de abril de 2020 de abordar temas vinculados con la pandemia de COVID-19. 287
- Los recursos limitados y el «amparo» como instrumento de acceso a la salud.* Texto elaborado por la Académica Aída R. Kemelmajer de Carlucci, ante la propuesta de la Presidencia del 21 de abril de 2020 de abordar temas vinculados con la pandemia de COVID-19. 293
- Pandemia y dignidad de la persona humana.* Texto enviado por el Académico Alfonso Santiago, para la Revista de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional y presentado a la Academia ante la propuesta de la Presidencia del 21 de abril de 2020 de abordar temas vinculados con la pandemia de COVID-19 341
- Una sociedad cada vez más desprotegida ante un Leviatán cada vez más poderoso.* Disertación del Académico Alberto B. Bianchi, en representación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en el IX Encuentro Interacadémico 2020 sobre “Pandemia. Los múltiples desafíos que el presente le plantea al porvenir” 351

IV . HOMENAJES

- Doctor Gregorio Badeni.* Resolución del 15 de septiembre de 2020 373

<i>Palabras pronunciadas por el presidente, Académico Roberto E. Luqui</i>	375
Con motivo del fallecimiento del expresidente Dr. Gregorio Badeni. “ <i>De un Presidente a otro Presidente</i> ”, por el Académico Jorge Reinaldo Vanossi	377

VI. DECLARACIONES Y DICTÁMENES

Declaración en defensa de la vida y petición de veto	383
Declaración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires sobre el papel del Equipo de Salud durante la pandemia COVID-19	385
Declaración sobre la creación de un Observatorio de la Desinformación y la Violencia Simbólica en Medios y Plataformas Digitales (NODIO)	387

¿ES CONSTITUCIONAL LA NORMA QUE IMPONE A LOS EMPLEADORES PRIVADOS EL PAGO ÍNTEGRO DE SUS REMUNERACIONES A LOS TRABAJADORES AFECTADOS POR EL AISLAMIENTO PREVENTIVO Y OBLIGATORIO?

Por CARLOS ALBERTO ETALA¹

I. Introducción.

Como es ampliamente conocido, el 11 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró como una “pandemia” el brote de la enfermedad denominada como “coronavirus - COVID-19”.

Antes de la difusión de dicha enfermedad en el ámbito territorial de la República Argentina, el Congreso de la Nación había aprobado, en primera instancia, la ley 27.541 (B.O. 23/12/2019), llamada “Ley de solidaridad social y reactivación productiva en el marco de la emergencia pública”, cuyo art. 1º determina lo siguiente: “Declárase la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, energética, sanitaria y social, y deléganse en el Poder Ejecutivo nacional, las facultades comprendidas en la presente ley en los términos del artículo 76 de la Cons-

¹ Texto elaborado por el autor ante la propuesta de la Presidencia del 21 de abril de 2020 de abordar temas vinculados con la pandemia de COVID-19.

titución Nacional, con arreglo a las bases de delegación establecidas en el artículo 2º, hasta el 31 diciembre de 2020”.

Con respaldo legislativo en la mencionada ley, el Presidente de la Nación Argentina Dr. Alberto FERNANDEZ, apelando al instrumento legislativo del “decreto de necesidad y urgencia”, reglamentado mediante la ley 26.122 del año 2006, dictó varios decretos de este tipo para hacer frente a la emergencia sanitaria derivada de la difusión de la aludida enfermedad en nuestro territorio.

Así el DNU 260/2020 (B.O. 12/03/2020), cuyo art. 1º lleva como rúbrica “Emergencia Sanitaria”, dispuso: “Ampliase la emergencia pública en materia sanitaria establecida por ley Nº 27.541, en virtud de la Pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud en relación con el coronavirus COVID-19, por el plazo de un (1) año a partir de la entrada en vigencia del presente decreto”.

Pocos días después, el Presidente de la Nación dictó el DNU 297/2020 (B.O. 20/03/2020), que en su artículo 1º estableció: “A fin de proteger la salud pública, lo que constituye una obligación inalienable del Estado nacional, se establece para todas las personas que habitan en el país o se encuentren en él en forma temporaria, la medida de “aislamiento social, preventivo y obligatorio” en los términos indicados en el presente decreto. La misma regirá desde el 20 hasta el 31 de marzo inclusive del corriente año, pudiéndose prorrogar este plazo por el tiempo que se considere necesario en atención a la situación epidemiológica”. El último párrafo del mencionado artículo determina: “Esta disposición se adopta en el marco de la declaración de pandemia emitida por la Organización Mundial de la Salud (OMS), la Emergencia Sanitaria ampliada por el decreto Nº 260/20 y su modificatorio, y en atención a la evolución de la situación epidemiológica, con relación al Coronavirus – COVID 19”.

II. Salarios durante la vigencia del aislamiento social, preventivo y obligatorio.

El art. 8º del mencionado DNU 297/2020, en su primer párrafo, determina lo siguiente: “Durante la vigencia del ‘aislamiento social, preventivo y obligatorio’, los trabajadores y trabajadoras del sector privado tendrán derecho al goce íntegro de sus ingresos habituales, en los términos que establecerá la reglamentación del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social”, disposición que será motivo de nuestra especial atención.

Ante todo debe señalarse que la disposición indicada se refiere genéricamente a “los trabajadores y trabajadoras del sector privado” sin distinguir entre trabadores/as “dependientes” o “autónomos” estos últimos que han celebrado un “contrato de obras o de servicios” en los términos del art. 1251 del CCCN. Desde luego, los trabajadores “dependientes” son aquellos regidos por el Régimen de Contrato de Trabajo, (L.C.T.), aprobado por ley 20.744, los estatutos especiales y los convenios colectivos de trabajo, según su actividad, profesión, oficio o categoría (ley 14.250, t.o. 2004) y a ellos nos referiremos con especial atención.

En cuanto a los trabajadores públicos, el DNU 325/2020 (B.O. 31/03/2020), que prorrogó la vigencia del DNU 297/20 hasta el 12/04/2020, aprobó respecto de estos trabajadores, en su art. 2º, el siguiente texto: “Las trabajadoras y los trabajadores que no se encuentren alcanzados por ninguna de las excepciones previstas en el artículo 6º del decreto N° 297/20, y deban cumplir con el ‘aislamiento social preventivo y obligatorio’, pertenecientes a las jurisdicciones, organismos y entidades del sector público nacional, cualquiera sea su forma de contratación, deberán abstenerse de concurrir a sus lugares de trabajo, pero deberán realizar sus tareas, en tanto ello sea posible, desde el lugar donde cumplan el aislamiento ordenado, cumpliendo las indicaciones de la autoridad jerárquica correspondiente”.

En cuanto a los trabajadores dependientes de empleadores privados pueden presentarse las siguientes situaciones: a) que tengan que dejar de prestar servicios en razón del cumplimiento del deber de ‘aislamiento social, preventivo y obligatorio’; b) trabajadores que continúen con el cumplimiento de sus tareas desde el lugar donde cumplan el aislamiento ordenado, siguiendo las indicaciones de sus respectivos superiores jerárquicos. Según la normativa vigente, en ambos casos, deben seguir percibiendo sus remuneraciones habituales. Es precisamente la igualación de estas situaciones desiguales la que da motivo para nuestro comentario.

III. Crítica de la normativa vigente.

Precisamente la crítica a la normativa vigente está motivada por la ya señalada igualación de situaciones diferentes vulnerándose el llamado principio de “igualdad de trato” que impone tratar a los iguales, de modo igual, en igualdad de circunstancias.

Ello, porque impone al empleador privado el deber de pagar la “remuneración” a los trabajadores en circunstancias que difieren porque en el caso a) los trabajadores no prestan servicios y, en cambio, sí lo hacen en el caso b).

A nuestro juicio, la disposición del art. 8º del DNU 297/2020 deviene inconstitucional en tanto agravia el derecho de propiedad (arts. 14 y 17 C.N.) de los empleadores privados por vulnerar las siguientes normas y principios:

- 1º) El empleador privado se ve compelido a abonar una remuneración que, vulnerando las normas y principios de la normativa constitucional y legislativa vigente -derivada de la C.N.-, impone pagar una “remuneración” a un trabajador que no ha puesto “a disposición” de su empleador su “fuerza de trabajo” y por consiguiente, sin “contraprestación” alguna, infringiendo de este modo el concepto de “remuneración” del art. 103 L.C.T., que desde luego deriva del concepto de “retribución justa” a que refiere la Constitución Nacional (art. 14 bis C.N.).
- 2º) Es evidente que nos encontramos en una clara situación de “fuerza mayor” en el sentido del art. 1730 del CCCN, derivado de la declaración por DNU emanado del Poder Ejecutivo que ha impuesto el “aislamiento social, preventivo y obligatorio”, o sea que emana del “hecho del príncipe” y, desde luego, ajeno a la responsabilidad de ambas partes, tanto de los trabajadores como de los empleadores.
- 3º) Nos encontramos, sin lugar a dudas, en presencia de una situación de “desempleo” forzoso, derivado de una “medida de gobierno”, que encuadra perfectamente dentro del concepto de “contingencia social” de “desempleo” que debe cubrir el Derecho de la Seguridad Social, y no del concepto de “remuneración” comprendido en el contrato de trabajo.
- 4º) Las “prestaciones por desempleo” las debe suministrar la agencia de Seguridad Social del Estado nacional, ya que el Estado es el que debe otorgar “los beneficios de la seguridad social” (art. 14 bis C.N.), en este caso, a través de su órgano gestor, la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES) y no el empleador privado quien ya ha hecho la contribución a tal efecto (art. 120, ley 24.013) a través del pago al Fondo Nacional de Empleo, por la cual se cubre la contingencia social de “desempleo”, regulada por los arts. 111 a 127 de

la Ley Nacional de Empleo 24.013, que instituyó el “Sistema Integral de Prestaciones por Desempleo”.

- 5º) El pago de una suma de dinero -bajo el nombre impropio de “remuneración”- sin derecho a contraprestación alguna, configura una contribución confiscatoria de la propiedad de los empleadores privados que vulnera gravemente los arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional.