



## **DISPENSAS EN LA OBLIGACIÓN DE ASISTENCIA AL TRABAJO ALTERNATIVAS PARA VIABILIZAR LA VUELTA A LA PRESTACIÓN PRESENCIAL DE MAYORES Y TRABAJADORES CON ESCOLARES A CARGO**

Por el Dr. JORGE E. M. SAMOUELIAN (\*)

Analizamos en el presente informe, las alternativas de adecuación del régimen de dispensa en el deber de concurrencia al lugar de trabajo nacido el 17/03/2020 con la Resolución MTEySS 207/2020 a las últimas disposiciones dictadas en la materia.

Dejamos sentado que las siguientes consideraciones serán aplicables a todo supuesto en que no rigiera regulación específica para el sector por "Acuerdo Marco" o norma convencional a los que debiera sujetarse la Empresa.

### **I) TRABAJADORES MAYORES DE SESENTA AÑOS – POSIBILIDAD DE SU REINGRESO A LABORES**

En orden a la concreta vuelta a la prestación presencial de quienes hoy no trabajan por superar el límite de edad en cuestión (los originalmente incorporados al art. 1ro. inc. a) de la Resolución MTEySS 207/2020, luego receptados por el DNU 408/2020), entendemos existen argumentos normativos para instrumentarla:

I-A) Esencialmente, desde la primera disposición que los excluyó del deber de asistencia, los mayores de sesenta años contaban con una excepción que habilitaba el cumplimiento presencial de su labor, y esto era en los supuestos en que fueran considerados "personal esencial para el adecuado funcionamiento del establecimiento" - art. 1ro. inc. a) Resol. 207/2020.-

I-B) En las hipótesis restantes, **analizamos la alternativa de habilitar la vuelta a labores efectiva cuando el dependiente, liberado de su obligación de asistencia, optara voluntariamente por ejercer su derecho de trabajo**, ergo, la discusión se centraría entre el beneficio derivado de una eximición de un deber frente a la posibilidad de libre ejercicio de una facultad.

A la fecha y sin perjuicio de su posibilidad de ser rebatidos por quienes a ellos se opongan, son varios los argumentos que encontramos para abonar esta postura:



- Por un lado, la prórroga de las disposiciones de la Resol. 207/2020 entendemos ha fenecido a partir del DNU 1033/2020 (vigente desde el 21/12/2020) cuando declara el cese del ASPO en todo el territorio nacional, siendo que el mantenimiento en la vigencia de la citada norma lo había consagrado la Resol. 296/2020 **"... por el plazo que dure la extensión del aislamiento social, preventivo y obligatorio"**.
- Desde otro punto de mira vemos que cada uno de los Decretos que precedieron al referido DNU 1033/2020, determinaron taxativamente la liberación del deber de asistencia en beneficio de las **"personas mayores de sesenta años y en situación de mayor riesgo"**, mientras que hasta hoy y a partir del cese del ASPO en todo el territorio patrio, los nuevos Decretos al sancionar esta eximición **sólo citan a las "personas en situación de mayor riesgo"**, pudiendo comprender que por ellas circunscriben la dispensa a los dependientes comprendidos en el inc. c) de la original Resol. 207/2020: **"c. Trabajadores y trabajadoras incluidos en los grupos de riesgo que define la autoridad sanitaria nacional..."**, que podemos sintetizar como aquellos afectados por enfermedades respiratorias crónicas; enfermedades cardíacas; quienes padezcan inmunodeficiencias; diabéticos y personas con insuficiencia renal.

I-C) Nos parece esencial de optarse por viabilizar el reingreso entonces de los **empleados sanos mayores de sesenta años que decidan hacerlo**, implementar una serie de medidas previas:

I-C1) Solicitud de retomar tareas presentada por el trabajador de manera manuscrita.

I-C-2) Examen médico que acredite su adecuado estado de salud, comprensivo de estudios destinados a la detección del Covid-19.

I-C-3) Informar la decisión de reingreso a labores recibida del trabajador a la Aseguradora de Riesgos del Trabajo con que cuente la Empresa, requiriendo de ésta **confirme por escrito su normal cobertura de riesgos en beneficio del dependiente vuelto a laborar en la sede del establecimiento.**

## **II) TRABAJADORES MAYORES DE SESENTA AÑOS – POSIBILIDAD DE SU INCORPORACIÓN AL RÉGIMEN DE SUSPENSIONES ART. 223 BIS LCT**

Sostenemos que cesada la vigencia del Acuerdo Tripartito firmado el 27/04/2020 entre los titulares de la Unión Industrial Argentina, la Confederación General del Trabajo, el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social y el Ministerio de Desarrollo Productivo, que fuera receptado por la Resolución MTEySS 397/2020 vigente desde el 30/04/2020



y luego prorrogado por sesenta días más desde el 08/06/2020 a través de la Resolución MTEySS 475/2020, no resulta ya aplicable la exclusión de **“los trabajadores excluidos del deber de asistencia al lugar de trabajo por la dispensa contenida en la Resolución 207/20 respecto de las personas con riesgo en la salud (mayores o patologías preexistentes)”** del ámbito de las suspensiones normadas por el art. 223 bis de la LCT en el Acuerdo impuesta.

A partir de esta conclusión, podría la Empresa acordar con la entidad sindical competente o con los empleados comprendidos en la medida, **la suspensión en cuestión con cobro de una prestación no remunerativa inferior al salario habitual**, de los mayores de sesenta años que optaren por permanecer enmarcados en el régimen de dispensa de su obligación de asistencia al trabajo.

### **III) TRABAJADORES CON HIJOS EN EDAD ESCOLAR – READECUACIÓN DE LA DISPENSA AL ACTUAL RÉGIMEN DE PRESENCIALIDAD LIMITADA**

La reciente sanción de la Resolución Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social Nro.: 60/2021 (B.O. del 12/02/2021), no hace sino adecuar el Régimen de Eximición en el Deber de Asistencia al Trabajo nacido con la Resolución MTEySS 207/2020 (B.O. del 16/03/2020) a la realidad que conlleva el reingreso a clases parcialmente presenciales de los hijos de trabajadores en edad escolar.

#### **III-A) MODIFICACIÓN DEL ART. 3RO. DE LA RESOLUCIÓN 207/2020**

Al efecto, sustituye el texto original del art. 3ro. de la norma precitada (que consideraba “justificada la inasistencia del progenitor, progenitora, o persona adulta responsable a cargo, cuya presencia en el hogar resulte indispensable para el cuidado del niño, niña o adolescente” mientras se extendiera la suspensión de clases establecida por Resolución N° 108/2020 del Ministerio de Educación de la Nación o sus modificatorias sucesivas), por el contenido regulado en su art. 1ro. que expresamente dispone:

**“... a partir del inicio del ciclo lectivo 2021 en cada jurisdicción, se considerará justificada la inasistencia del progenitor, progenitora, o persona adulta responsable a cargo, cuya presencia en el hogar resulte indispensable para el cuidado del niño, niña o adolescente...”** (el destacado es de nuestra autoría).



### **III-B) CONDICIONES DE HABILITACIÓN - JORNADAS DE LABOR COMPRENDIDAS**

Circunscribe la Resolución el alcance de las ausencias por ella justificadas a:

“ - Los días en que no concurren a clases presenciales en el establecimiento educativo respectivo.

- Los días que concurren con jornada presencial reducida y no pueda cumplirse la jornada escolar normal y habitual del establecimiento educativo correspondiente.”

### **III-C) CONDICIONES DE HABILITACIÓN - REQUISITOS A ACREDITAR POR PARTE DEL TRABAJADOR**

Coloca la norma en cabeza del empleado que quiera ser beneficiario del derecho a no asistir a laborar, la presentación con carácter de Declaración Jurada de la petición pertinente que deberá comprender:

“1. Los datos del niño, niña o adolescente

2. Grado o año que cursa y datos del establecimiento educativo al que concurre.

3. El régimen de presencialidad que se haya dispuesto en esa institución.

4. La declaración de que su presencia en el hogar resulta indispensable para el cuidado del niño, niña o adolescente, los días en que no concurren a clases presenciales o no pueda cumplirse la jornada escolar normal y habitual del establecimiento educativo...”

5- Del último párrafo de la disposición en análisis deviene el quinto requisito que deberá ser parte de la Declaración Jurada en cuestión cuando taxativamente sanciona que:

“Podrá acogerse a esta justificación solo un progenitor o persona responsable de los cuidados, por hogar” (también es nuestro el resaltado).

Ergo, quien pretenda acogerse al presente beneficio deberá dejar sentado ser el único que opte por hacerlo (entendiendo que a fin de tornar esta norma no meramente enunciativa, será necesario precise los datos del resto de los convivientes mayores que pudieren gozar del mismo derecho y de las empresas en que laboren).



### **III-D) FACULTAD DE CONTRALOR DEL EMPLEADOR**

El nuevo texto del art. 3ro. de la Resolución 207/2020 reitera el reconocimiento de la potestad del dador de trabajo de constatar el correcto goce de la dispensa a laborar por parte de sus trabajadores, al determinar **que la exigencia de la Declaración Jurada que impone lo es a efectos de "permitir el adecuado control" de su ejercicio.**

### **III-E) AUSENCIA JUSTIFICADA Y AUSENCIA PAGA - DIFERENCIACIÓN**

La actual regulación reitera la definición como de AUSENCIA JUSTIFICADA de la determinada por la presencia de los menores en el hogar que comprendía la redacción del primigenio art. 3ro. de la Resolución MTEySS 207/2020.

En ésta, se regulaba el instituto por separado de las otras tes causales de dispensa a la concurrencia al trabajo que sobre las que rezaba el art. 1ro. de la Resolución, donde taxativamente se sancionaba la obligación de abonar los días de inasistencia: "Suspéndase el deber de asistencia al lugar de trabajo por el plazo de CATORCE DIAS (14) días, con goce íntegro de sus remuneraciones ..." (el resaltado es de nuestra autoría).

Ergo, entendemos que salvo regulación en contrario vía acuerdo colectivo aplicable a la Empresa, **las jornadas en que el dependiente no labore no deberán ser abonadas.**

Mas sí considerarse la no concurrencia como no imputable al trabajador y en consecuencia, no podrá incidir en la pérdida o disminución de adicionales remuneratorios atados a la asistencia perfecta (v.gr.: presentismo).

### **III-F) CONFLICTIVIDAD CONSECUENTE**

La experiencia acumulada durante el año 2020 en la aplicación del texto original del art. 3ro. de la Resolución 207/2020 y el alcance que la modificación sancionada por la Resolución 60/20201 ahora le otorga, nos llevan a avizorar un incremento en la conflictividad como consecuencia obligada de la previsible variación en el tiempo de las causales determinantes de la actual dispensa.



Esto es, si cuando la eximición del deber de asistencia al trabajo abarcaba todo el ciclo lectivo pasado y correspondía acreditado por única vez por el dependiente su encuadre en la misma, cuánto más dificultoso será en el nuevo marco legal cuando se enfrente:

- 1- La lógica modificación de las jornadas de presencialidad en las entidades educativas, sea por la mejora en las condiciones sanitarias sea por el agravamiento de las mismas derivado de posibles brotes de contagios que obliguen al cierre del establecimiento o de la *burbuja* que comprenda los casos afectados por el Covid-19.
- 2- La imposibilidad consecuente del empleador de ejercer su potestad de organización y dirección del trabajo, derivada de las variaciones aleatorias en la concurrencia o no de su plantel dependiente.
- 3- La habilitación a causa de esta misma variabilidad del abuso del empleado remiso en cumplir su deber de concurrencia, tanto en las hipótesis de obrar éste de mala fe como en aquellos supuestos en que lo motive el temor a contraer la afección en momentos de aumento sensible de casos positivos.
- 4- La dificultad del dador de trabajo de ejercer el derecho de contralor que le otorga la norma, en cada caso en que las inasistencias modifiquen el esquema en un comienzo fijado con cada dependiente.
- 5- El previsible reclamo de cobro de los días de no concurrencia por parte del dependiente, en especial cuando durante el año 2020 hubiera percibido su remuneración sin mella como derivación de "Acuerdos Marco" que así entonces lo determinarían.

25  
Aniversario

(\*) Abogado - Consultor de Empresas y Cámaras Empresarias.  
J.S./c.c.  
Marzo de 2021  
mmemc