

INFORME LABORAL NRO 9 (Diciembre 2008)

**ANÁLISIS DEL ANTEPROYECTO DE REFORMA DE LA LEY DE RIESGOS DEL
TRABAJO ELABORADA POR EL MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD
SOCIAL.**

Por Horacio Schick

INDICE

1.- La reforma de la LRT debe ser concordante con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.	2
2.- Aproximación General.....	4
3.- Derogación de la Ley 19.587.....	6
4. Accidentes del Trabajo.....	7
5.- Enfermedad Profesional.....	8
6.- Obligaciones del empleador.....	14
7. Obligaciones de las ART.....	16
8.- Comités Mixtos de Prevención de Riesgos y Protección de la Salud y Seguridad Laboral.....	22
9.- Incapacidad laboral temporaria.....	22
10.- Indemnización tarifada.....	22
12.- Responsabilidad Civil del Empleador.....	26
13.- Dedución de prestación de la reparación civil.....	29
14- Las Comisiones Médicas y el procedimiento.....	31
15.- Tratamiento de las controversias en torno al Art. 208 a 212 de la LCT.....	36
16.- Desgravaciones impositivas ART:.....	36
17.- Colofón.....	37

1.- La reforma de la LRT debe ser concordante con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Ha comenzado a circular un anteproyecto de reforma a la Ley de Riesgos del Trabajo (LRT), denominado Ley de Prevención de Riesgos y Protección de la Salud y Seguridad Laboral, elaborado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, con fecha 5 de diciembre de 2008, cuyo contenido causa honda preocupación.

La primera observación es el método hermético y hasta secreto del debate, circunscrito, exclusivamente, a las cúspides empresariales, sindicales y de las aseguradoras, en vez de promover un debate amplio y pluralista de carácter académico, donde intervengan también todos los especialistas, jueces y abogados, conocedores en profundidad de la temática de accidentes de trabajo.

No hay que repetir la experiencia del año 1995, cuando la sanción de la vigente Ley de Riesgos del Trabajo fue fruto de deliberaciones cupulares en el cuestionado Acuerdo Marco de Julio de 1994, que tuvo el rechazo de la inmensa mayoría de la doctrina especializada, en un proceso que derivó en la declaración de inconstitucionalidad de los pilares fundamentales de la LRT por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Estas sentencias del Superior Tribunal de la Nación mejoraron sustancialmente la posición de los damnificados por accidentes y enfermedades del trabajo, pudiéndose afirmar que, desde entonces, rige un sistema de reparación de infortunios laborales sustancialmente diferente a la ley original.

Uno de los aspectos más relevantes de estos fallos fue consagrar definitivamente el carácter constitucional del derecho a la reparación plena y otorgar igual rango al principio “alterum non laedere” que prohíbe a los hombres dañar los derechos de un tercero, interpretando así al artículo 19 de la Constitución Nacional, con la consecuente declaración de inconstitucionalidad del artículo 39, párrafo 1ro, de la LRT.

Si hoy se está discutiendo la reforma de la inconstitucional LRT, ello ha sido posible por la labor de la Corte Suprema.

De tal modo que no se trata de construir un escudo contra esa jurisprudencia constitucional del más alto Tribunal, sino que por el contrario debe reafirmarse la necesaria consideración que cada una de la sentencias de la Corte Suprema debe tener en la reforma de la ley, a fin de que no se repitan situaciones de inconstitucionalidad.

Es esta la filosofía que en nuestra opinión debe sustentar la reforma legal en ciernes.

Sin embargo los corresponsables del sistema vigente intentan erosionar la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el contenido de la nueva ley, lo que se refleja en aspectos centrales regulados en el anteproyecto que se pasa a analizar

Por nuestra parte esperamos que quienes estén presionando para que se cometan nuevamente errores de este tipo, no logren incidir en los mecanismos del poder democrático y, en su momento, el parlamento advierta la ignominia de la experiencia pasada. Máxime cuando se pretende insistir como una mezcla mal terminada y culpógena, que va entre la inconstitucionalidad de mantener como un subsistema de seguridad social por una lado – con tribunales administrativos en lugar de comisiones médicas incluidas -, a un proto sistema de reparación de daños y seguridad industrial.

La Corte ha hablado, solo resta que los demás poderes la escuchen y respeten, la construcción de la ley de accidentes de trabajo que reemplace la ley actual, deberá caminar sobre un sistema de seguridad, de reparación dentro del ámbito del derecho del trabajo, con la aplicación de la herramienta del seguro obligatorio que deberá cumplir con la ley 17418 y la 20091.

De la redacción del proyecto parece traslucirse que los autores del anteproyecto insisten en la confusión de que el régimen de accidentes de trabajo es un sistema de la seguridad social.

En los sistemas de seguridad social el asegurado es el que padece la contingencia. Dicha persona no tiene posibilidad de acceder a otra reparación como ocurre ante la vejez, el desempleo y la invalidez.

La seguridad social llena un vacío de cobertura y amparo o mejora el disponible, pero nunca sustituye la responsabilidad jurídica de un obligado preexistente, ni licua el mejor derecho que el necesitado tenía de acuerdo con el derecho común. No puede interpretarse como una institución de seguridad social aquella cuya regulación pretende sustraerle o modificarle peyorativamente al necesitado la protección que ya tenía en su condición de ciudadano.

En el regimen diseñado el asegurado, o sea el empleador, es el que causa el infortunio y es el que se asegura o autoasegura del riesgo que ocasiona. Por su parte, el trabajador es un tercero en el contrato de seguro, celebrado entre el empleador y la ART.

El hecho del aseguramiento obligatorio parece operar al estilo de los seguros sociales, sin embargo no puede disimular la existencia de contratos mercantiles entre el empleador y aseguradora. Tampoco cabe omitir en favor de la subsistencia de la responsabilidad individual del empleador, que en el caso de falta del aseguramiento obligatorio en una ART, el empleador queda instalado como responsable directo y exclusivo de las prestaciones ante el trabajador víctima de un infortunio.

En verdad la Corte Suprema ha definido al sistema como un sistema de seguro obligatorio, operando como subsistema especial del Derecho de Daños y del Trabajo.

Me adelanto a señalar que la confusión de los autores los lleva incluso a incluir en la competencia de las comisiones tecnicas a los conflictos derivados de la aplicación de los artículos 208 a 212 de la LCT, referidos a enfermedades inculpables.

2.- Aproximación General.

En el anteproyecto existen algunas mejoras al sistema vigente que a esta altura son inevitables. Por ejemplo nadie duda que deberían elevarse las prestaciones dinerarias dado su actual carácter mezquino, ni que deberían eliminarse los topes legales como ya se establecía en el Dictamen del proyecto de reforma de la LRT de la Comisión de Legislación del Trabajo de la Cámara de Diputados del año 1998.

Sin embargo, en aspectos estructurales como es en el caso de la responsabilidad

civil del empleador se revierten los derechos reconocidos por la Corte al establecer un sistema de opción “camuflada”, que de subsistir dará lugar a planteos de inconstitucionalidad.

Por otra parte respecto a la sentencia civil condenatoria se insiste en manifestar la deducción de rubros a cargo de las ART, aunque dejando a salvo que sólo se practicarán el caso de que se los hubiera reclamado en el juicio, lo que es sobreabundante, porque normalmente no se reclaman y puede dar lugar a confusiones y envilecimiento de la reparación civil.

También hay un retroceso incluso respecto de la propia ley vigente en lo que se refiere a los accidentes de trabajo “in itinere” a los que se le disminuye parcialmente el monto indemnizatorio.

Si bien el anteproyecto crea los comités mixtos de Higiene y Seguridad del Trabajo, que ya rige en la mayoría de los países del mundo, se hace eco de un viejo reclamo empresarial al derogar la ley 19.587 de Higiene y Seguridad del Trabajo, produciendo un serio déficit normativo en materia de prevención, al no sustituir esta importante norma por ninguna otra.

Existen otros temas objeto de crítica como es el diseño de un procedimiento que no se adecua a lo dicho por la Corte en los Casos “Castillo”, “Venialgo” y “Marchetti”. Además se retrae la competencia de los jueces laborales en materia de enfermedades inculpables reguladas por los artículos 208 a 212 de la LCT, y se las deriva a las comisiones médicas, lo que constituye otro grave retroceso.

Existe la ausencia de responsabilidad solidaria civil de las ART en los supuestos de incumplimientos a sus deberes legales en casos de siniestros por violación de los deberes de seguridad.

También se verifica un aligeramiento de las responsabilidades legales de las ART, al derogarse el artículo 4 y modificarse el 31 de la ley vigente, normas que, taxativamente, colocaban a las ART como deudoras del deber de seguridad, conjuntamente con el empleador.

Persiste la misma definición acotada de los accidentes del trabajo y las enfermedades profesionales, que determinarán sin duda una fuga hacia al derecho civil, para buscar la cobertura negada por el sistema.

También continua en el cálculo del ingreso base el computo excluyente del llamado salario previsional, que se utiliza para el cálculo de las indemnizaciones permanentes.

Inexplicablemente luego de los fallos de la Corte se insiste con el perjudicial pago en renta de las indemnizaciones, aunque cuidando la forma de que la misma sea opcional para el trabajador.

3.- Derogación de la Ley 19.587.

La derogación de esta norma, que tipifica estrictas obligaciones del empleador en materia de higiene y seguridad protegiendo a los trabajadores y resguardándolos de las maquinarias y del ambiente de trabajo nocivo es otro grave retroceso del anteproyecto.

Esta decisión carece del más mínimo fundamento y se contradice con los objetivos enunciados en el artículo 1ero del proyecto *de mejora continua de las condiciones de trabajo y de Optimizar las condiciones de salud y seguridad en el trabajo*.

Por otra parte, no por ser suficientemente conocida la falta de cumplimiento de las normas legales y reglamentarias de higiene y seguridad del trabajo, parece razonable la derogación lisa y llana de la ley 19.587, como propone el proyecto del Poder Ejecutivo Nacional.

Parecería que el argumento subyacente para la derogación de la 19587, es el de que sus disposiciones corresponden a un desarrollo tecnológico más avanzado y que no resulta accesible a un número importante de empresas. Este razonamiento no es sustentable. La ley 19587 dictada en el año 1972, tiene una antigüedad suficiente como para que los empleadores se hubieran podido adecuar a la misma, como a su decreto reglamentario.

En verdad ha quedado demostrado que no es la inoperancia de la norma sino la masiva conducta transgresora de los obligados del sistema, la que determinó bajos índices de cumplimiento de las normas de higiene y seguridad.

La ley 19.587 también opera como un objetivo a alcanzar, por lo tanto el camino adecuado no es su derogación, sino establecer los mecanismos adecuados para que se controle el eficaz cumplimiento de la prevención de los riesgos del trabajo.

No debe olvidarse que todo el andamiaje normativo de la LRT tiene, según sus autores y defensores, un énfasis en la prevención más que en la reparación. No parece coherente entonces que al cabo de 12 años se deroguen las normas a cumplir, en vez de reconocer el fracaso de la llamada “cultura de la prevención” y, consecuentemente, diseñar normas eficaces para cumplir tales objetivos.

Llamativamente se encomienda en el anteproyecto al Ministerio de Trabajo al dictado de normas que sustituyan las disposiciones del Decreto 351/79, previa consulta a los representantes sindicales y empresariales. Esta claro que la intencionalidad es “flexibilizar” los contenidos protectorios del decreto reglamentario de la Ley 19.587.

4. Accidentes del Trabajo.

En lo que se refiere a los accidentes del trabajo, repitiendo el criticado sistema vigente, el proyecto insiste en definirlos, expresamente, como: “todo acontecimiento súbito y violento ocurrido por el hecho o en ocasión del trabajo”.

De esta forma se reitera la formulación ya criticada de la ley 24.557 de definir el concepto de accidente de trabajo, cuando todas las leyes anteriores consideraron prudente eludir una conceptualización que encorsetara las posibilidades de aplicar las leyes con equidad y justicia, con la elasticidad que requieren los matices de la imprevisible realidad, y los cambios que la dinámica fáctica genera en forma constante e ininterrumpida.

Se repite el modelo del legislador del año 95 que sólo contempló la protección legal cuando se conjugaran las dos características del accidente: debía ser súbito y

violento.

Esta conjunción de los factores en una interpretación restrictiva lleva a no contemplar la reparación del siniestro cuando no se exterioricen la violencia y la instantaneidad.

Criticando este criterio de la ley 24.557 Miguel Ángel Maza había señalado que a fines del siglo XIX lo que no se tocaba o palpaba, veía y medía no era considerado como existente y real, mientras hoy estamos capacitados científicamente e intelectualmente para captar fenómenos que escapen al mero ojo desnudo, como son la influencia de las ondas eléctricas o los campos magnéticos sobre algunos procesos biológicos. Por ello, agrega este autor, una ley de fines del siglo XX que define el accidente es, en primer lugar, imprudente y, por añadidura, culturalmente retrógrada, estando motivada la limitación legal por la previsibilidad financiera del sistema: “La razón confesa de la limitación del concepto de accidente es: anteponer la conveniencia de poder prever el número de siniestros en un período dado a la justicia de cobijar cuantos de hecho se verifiquen”¹.

5.- Enfermedad Profesional.

Se define la enfermedad profesional en forma muy restrictiva como “toda alteración o trastorno de la salud que se produce como consecuencia específica del

¹ Maza, Miguel Ángel, “Las contingencias cubiertas por la Ley 24557”, Revista de Derecho Laboral, 2001-2, Ley de Riesgos del Trabajo, 1, Rubinzal-Culzoni, 182.

trabajo siempre que se encuentre prevista en el Anexo I de la Ley, resulte reconocida en los casos individuales o sea incorporada en el listado por parte del PEN.

Es decir existen tres supuestos de inclusión de las enfermedades como resarcibles por el sistema.

a) Las fijadas en el Anexo de la Ley que no se conocen, pero que pueden anticiparse, serán muy limitadas atento se mencione que allí estarán incluidas las que posean consecuencias *específicas* del trabajo.

b) Las enfermedades no incluidas en el listado podrán ser resarcidas luego de un procedimiento desarrollado ante las comisiones técnicas, pero sólo se indemnizará *la incidencia de los factores causales atribuibles al trabajo en la medida y proporción en que haya sido efectivizada*.

c) Las que el Poder Ejecutivo Nacional modifique o incorpore. En este supuesto se insiste en el mismo criterio restrictivo de la ley actual al señalar que las nuevas enfermedades que *darán derecho a las prestaciones de la ley* deberán señalar los *agentes de riesgo, cuadros clínicos, exposición y actividades en capacidad de determinar por sí la enfermedad profesional identificada*.

Por un lado, puede observarse que se trata de un sistema parecido al actual y criticado artículo 6to párrafo segundo de la LRT, por cuanto establece, aplicando con criterio rígido y autosuficiente, que sólo son enfermedades profesionales aquellas que se encuentran incluidas en el listado que se incorporen al anexo de la ley, el cual no se ha dado a conocer.

La delimitación de las enfermedades a “consecuencias específicas”, es una apreciación muy subjetiva y una redacción de textura abierta, que puede dar lugar a interpretaciones diversas por parte del órgano decisor.

Esto se agrava por cuanto -como se ha dicho- solo se indemnizará los factores causales atribuibles al trabajo, excluyendo la predisposición constitucional del trabajador, lo que constituye una ratificación del criticado concepto de la ley vigente.

Si el trabajador tiene una predisposición y se enferma, o se exteriorizan sus

afecciones como consecuencia de las tareas asignadas es igualmente responsable el empleador quien a través de los exámenes médicos preocupacionales y periódicos debió verificar que las tareas asignadas no favoreciesen la aparición de las enfermedades.

“Esta discriminación entre la acción nociva endógena y exógena, entendiendo por esto último el conjunto de riesgos laborales del puesto de trabajo, su intensidad, frecuencia y ritmo de acción, presenta dificultades que pueden resumirse en el conocido concepto de hombre promedio. Este concepto es sin duda una ficción estadística y sólo sirve para el cálculo económico o ingenieril, entre otras razones, para programar la producción. En la constitución humana la regla no es el promedio sino la heterogeneidad. No somos todos iguales en virtud de los siguientes aspectos a considerar: la edad; el sexo; el estado de salud preexistente; la información de los individuos; formación y calificación profesional; las capacidades psicomotrices, psíquicas y mentales; las expectativas u aspiraciones de cada uno; la influencia ecológica del medio ambiente”.²

Es reprochable que no se incluyan como resarcibles aquellas enfermedades que se exteriorizan durante la vigencia del vínculo que tengan como factor predisponente la constitución del trabajador u otros factores, pero que nunca las hubiera contraído el dañado de no haber sido sometido a las tareas y el ambiente laborativo.

² Lisi, Franco, Patología del Trabajo, Análisis dp. 98

El espíritu del artículo comentado es excluir la aplicación de la doctrina de la indiferencia de la concausa limitando el concepto de enfermedad a aquellas causadas directa e inmediatamente por la ejecución del trabajo, lo que se contradice con los criterios de medicina laboral modernos que han superado la monocasualidad propia de la LRT, que se reitera en la nueva propuesta oficial, por la multicasualidad en la generación de las afecciones.

El empleador pone en marcha determinada estructura organizativa predispuesta para la producción de bienes y servicios que en su gran mayoría contienen específicas situaciones de peligro para los terceros y, en especial, para los trabajadores, que con la prestación de la actividad hacen posible la concreción material del fin perseguido por el empresario-empleador.

El riesgo es un estado necesario, no eludible y potencial para el asalariado. El empresario que crea esa situación de riesgo debe asumir íntegramente el daño sufrido por el trabajador, así como asume la competencia interna o externa o la incobrabilidad de sus créditos.

En otras palabras. La enfermedad del trabajador es un supuesto previsible, para el empleador diligente que cumple con los deberes legales que le son impuestos.

El estado de labilidad o deficiencias congénitas del trabajador puede ser conocido por el empleador, a través de los controles médicos periódicos. A su vez, esta obligación legal se conecta con los deberes de seguridad, diligencia, iniciativa, supervisión y conocimiento que la LCT pone en cabeza del principal, encaminados al cumplimiento de las disposiciones laborales y de la seguridad social (Conforme arts. 62, 63, y 79, LCT).

La inobservancia de las normas de seguridad e higiene en el trabajo, en cuanto se refiere a los exámenes médicos periódicos y a las condiciones de labor, constituyen una conducta culposa en los términos del art. 512 del Código Civil. Se refiere a la omisión de aquellas diligencias tendientes a prevenir cualquier daño, máxime teniendo en cuenta la naturaleza de la obligación y el beneficio obtenido con el trabajo del

dependiente. Parecería que el mejor sistema para definir las enfermedades laborales es el sistema mixto.

Esto debería conducir a la confección de un listado no taxativo, indicativo que sirviera como presunción del origen profesional de la enfermedad, salvo la existencia de prueba en contrario.

A su vez, este listado sería conveniente complementarlo con la disposición a considerar también como profesionales las afecciones que no se encuentran allí mencionadas, pero que el damnificado tiene la posibilidad de obtener de ellas la reparación, si prueba la relación causal o concausal entre el daño y las condiciones de empleo.

Es decir, que aquellas enfermedades no incluidas en el listado deberían ser consideradas de índole laboral en caso de encontrarse relacionadas causal o concausalmente con la prestación del trabajo.

Sería entonces recomendable definir las enfermedades laborales, superando el listado cerrado, y ampliándolo a los supuestos de que la afección sea «consecuencia inmediata o mediata previsible del tipo de tareas desempeñadas por el trabajador o de las condiciones en que fueron ejecutadas por éste», según se afirmaba en el proyecto de reforma de la Comisión de Legislación del Trabajo de Diputados de la Nación de 1998.

De acuerdo con este criterio en caso de que el trabajador sufra una enfermedad no contemplada en el listado indicativo de enfermedades laborales, tendrá el derecho a reclamar y probar ante la autoridad administrativa o judicial su carácter laboral mediante procedimientos rápidos y acceso judicial expeditivo.

La predisposición constitucional del damnificado no debería ser invocada para excluir la enfermedad laboral de esta categoría cuando el trabajo o las condiciones ambientales donde este se desarrolla, hubieran obrado eficientemente como factor relevante y/o regravante y previsible de la dolencia.

Esta opinión se fundamenta en que, como ya se refiriera, si el empleador y la ART efectúan los exámenes preocupacionales y periódicos pueden controlar la salud del

trabajador destinándolo a lugares acordes con su aptitud. De no tomar en cuenta alguna predisposición constitucional y destinar al trabajador a tareas nocivas que le desencadenen la afección, surgiría una responsabilidad indemnizatoria, dada la relevancia que tiene el concepto de previsibilidad en materia de prevención y reparación de enfermedades del trabajo.

La concausa previsible o estado anterior, que determina la responsabilidad del empleador, la constituyen aquellas circunstancias anteriores a la acción efectivamente advertidas, que pudieron ser conocidas por el principal aplicando la debida atención y previsibilidad respecto de los efectos nocivos del riesgo laboral

Parece también necesario sugerir que para que opere la exclusión de las incapacidades preexistentes a la iniciación de la relación laboral, las mismas deberán ser identificadas según su tipo y grado en el examen preocupacional y deberán ser fehacientemente notificadas al trabajador y a la entidad sindical correspondiente, a los fines de evitar maniobras fraudulentas. En vez de insertar este criterio protectorio en la ley, el anteproyecto deriva la regulación de estas cláusulas a la reglamentación, lo que a la luz de la experiencia no parece un criterio adecuado.

También se ha omitido incorporar en la norma proyectada la noción de reagravamiento que permita, en el caso de las enfermedades progresivas (sida o enfermedades pulmonares a causa del polvo), que los trabajadores puedan actualizar su indemnización conforme a la evolución de su incapacidad. Hoy éstos sólo cobran en función del grado de incapacidad determinado en el momento del examen, aunque luego estas enfermedades progresen hasta la incapacidad o la muerte.

Cualquiera sea la naturaleza de la reforma a la LRT, la doctrina del caso “Silva” determina que siempre quedará abierta a los damnificados la vía del Código Civil para reclamar el resarcimiento integral por los daños producidos por las condiciones y medio ambiente del trabajo, en la medida en que se cumplan los presupuestos de la responsabilidad civil.

Una redacción alternativa de la regulación sobre enfermedades laborales de

acuerdo con los conceptos que se han enunciado sería la siguiente:

“Enfermedad laboral es aquella que sea consecuencia inmediata o mediata previsible del tipo de tareas desempeñadas por el trabajador o de las condiciones en las que fueren ejecutadas por éste o de la exposición a agentes físicos, químicos o biológicos y que a) se encuentren incluidas en el listado del Anexo I de la presente ley; ó b) que sea reconocida en los términos del artículo... de esta ley; o c) en el futuro sean incorporadas conforme a lo previsto en el Artículo... de la presente”.

“Aquellas enfermedades no incluidas en el listado, deberán ser consideradas de índole laboral en caso de encontrarse relacionadas causal o concausalmente con la prestación del trabajo. La predisposición del trabajador no podrá ser invocada para excluir a la enfermedad profesional de esta categoría, cuando el trabajo o las condiciones ambientales donde este de desarrolla, hubieran obrado eficientemente como factor relevante y/ó regravante de la dolencia”.

6.- Obligaciones del empleador.

Entre las obligaciones del empleador falta insertar el deber de confeccionar un mapa de riesgos anual y actualizado, aspecto relevante para planificar la acción preventiva en modo sistemático.

En efecto es necesario que en cada establecimiento exista un Mapa de Riesgos conformado por un conjunto de planos y registro fotográficos de los ambientes de trabajo, sus maquinas e instalaciones, hojas de seguridad de sustancias químicas, plan de emergencia con las rutas de evacuación y la indicación sectorial de los riesgos de trabajo existentes. Asimismo, se indicará los métodos de trabajo con los tiempos normales de ejecución con pausas y descansos.

Falta también establecer como obligación del empleador un “Plan anual de prevención de riesgos laborales”, para controlar el mismo en forma periódica por parte del Comité Mixto, de la ART y la Autoridad de aplicación.

Permanecen vacantes normas específicas de protección a la maternidad y a los

menores, que por ejemplo están reguladas en las Leyes Españolas de prevención de Riesgos.

Faltan normas específicas para que el empleador garantice de manera específica la protección de los trabajadores que, por sus propias características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellos que tenga reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo.

Existe ausencia también entre los supuestos de coordinación empresarial las obligaciones de los proveedores del empleador de la entrega de las especificaciones técnicas y los riesgos de la utilización de máquinas provistas.

Por ejemplo habría que agregar que: “Cuando una empresa suministre a otras máquinas, herramientas, tecnologías, materias primas y/o productos elaborados, está obligada a informar sobre su contenido y correcta utilización, precisando los riesgos para la salud o seguridad de los trabajadores”.

También esta ausente un capítulo sobre las Obligaciones de los fabricantes, importadores y suministradores de maquinaria, como está regulado en la legislación española, para verse obligados a asegurar que los equipos, productos y útiles de trabajo no constituyan una fuente de peligro para el trabajador, siempre que sean instalados y utilizados en las condiciones, forma y para los fines recomendados por ellos.

La relación de la empresa principal con los contratistas es defectuosa en cuanto a la responsabilidad, por cuanto solo existe solidaridad con el personal del contratista en el caso que el principal hubiera detectado incumplimientos y no los haya denunciado a la autoridad.

En cambio a nuestro parecer la empresa que contrate o subcontrate la realización de obras o servicios correspondientes a su actividad y que se ejecuten en su establecimiento debería ser solidariamente responsable ante los damnificados por las consecuencias derivadas del incumplimiento de la normativa sobre salud y prevención de riesgos laborales.

Sería oportuno tomar en consideración la legislación española, a los efectos de punir a aquel empleador cuyo índice de siniestralidad presentara desvíos superiores, por ejemplo al 10% de la base la media de la actividad- respecto del promedio del sector de empleadores al que pertenece- de modo tal que debería abonar al trabajador accidentado un porcentaje, graduado, según la gravedad del desvío, un agravantes de la indemnización tarifada. Por ejemplo de entre el diez por ciento (30 %) y el cincuenta por ciento (50 %) de las prestaciones dinerarias a que dieran derecho el accidente de trabajo y/o la enfermedad laboral sufrida. Esta sería una muy efectiva medida disuasiva para aquellos empresarios displicentes en materia de cumplimiento de las normas de higiene y seguridad.

En el proyecto se han omitido establecer normas para otorgar una estabilidad contractual a los damnificados que tienen incapacidad parcial permanente, y desean reincorporarse al empleo una vez otorgada el alta médica.

En este sentido sería conveniente reforzar el sistema de estabilidad del contrato de trabajo, estableciendo una punición especial al empleador, que despida al trabajador sin causa en el período posterior al alta médica (un año), en forma similar que se establece en los supuestos de maternidad o matrimonio, (Artículo 182 LCT) sin perjuicio de la protección que le brinden otras normas del plexo normativo, como la ley 23.592, cuando la cesantía encubra una conducta discriminatoria en razón de la incapacidad laborativa.

Sería recomendable incorporar un Artículo 213 bis a la LCT con el siguiente texto

“Art. 213 bis — Los trabajadores que hubieran sufrido una accidente de trabajo o una enfermedad profesional gozarán de la estabilidad en su empleo, desde la primera manifestación invalidante y hasta uno año posterior a su reincorporación al puesto de trabajo. La violación por parte del empleador de la garantía establecida en el párrafo anterior, será considerada, salvo prueba en contrario, como una medida discriminatoria y otorgará derecho al trabajador de demandar judicialmente, por vía sumarísima, la reincorporación al empleo, con más los salarios caídos durante la tramitación judicial.”

En tal caso, será de aplicación el artículo 666 bis del Código Civil El trabajador podrá optar por considerar extinguido el vínculo laboral en virtud de la decisión del empleador, en cuyo caso tendrá derecho a percibir, además de las indemnizaciones por despido, una suma igual a la prevista en el art. 182 de esta ley.”

Asimismo falta en la norma proyectada arbitrar medidas en el ámbito de la Seguridad Social a los efectos de que el trabajador que ha sido despedido con incapacidad laborativa por accidente o enfermedad del trabajo, tenga una cobertura de salud por parte de las Obras Sociales, sin perjuicio de las obligaciones de las ART de brindar asistencia por las secuelas provenientes del infortunio laboral.

7. Obligaciones de las ART.

Una primera aproximación a este tema transmite la impresión de que las ART ven aliviadas sus responsabilidades legales.

La LRT, en su texto vigente (art. 4to y 31), establece que no sólo los empleadores están obligados a adoptar medidas para prevenir los infortunios laborales, sino que también las ART son sujetos pasivos de esa carga. Este deber de seguridad excede el marco contractual entre el empleador y trabajador y la ART está igualmente obligada como la empleadora, a efectuar este ejercicio de previsión y de implementación que la naturaleza de la tarea exija para procurar la indemnidad de los dependientes.

Es decir, que en la LRT vigente, no sólo están obligados los empleadores a cumplir con deberes de prevención, sino que también las ART son deudoras de seguridad, son sujetos pasivos de esa carga, obligándolas a un ejercicio de previsión permanente y de implementación de las medidas que la naturaleza de la tarea exija para procurar la indemnidad de los dependientes.

En una distinta orientación, el proyecto establece una nueva tipificación de las funciones de las ART que llevan a un aligeramiento de sus responsabilidades respecto a las víctimas por los daños que se produce por su falta de actuación y previsibilidad.

Esta licuación de la responsabilidad es claramente funcional a las pretensiones de las aseguradoras, que no aceptan como contraprestación a la teleología lucrativa del

contrato que las une con la empleadora, el de asumir su responsabilidad plena relacionada con la privatización del sistema, de la que ellas son protagonistas destacadas.

Este aligeramiento de responsabilidades de las ART, se concatena con la disposición que instala y deriva al Ministerio de Trabajo como la autoridad de aplicación y de Inspección “en materia de Prevención de riesgos y Protección de la Salud y Seguridad laboral”. Se declama entonces una pomposa responsabilidad de un Estado débil, ausente, que ni siquiera cumple el rol esencial de operar como eficaz policía del trabajo para controlar el elevado nivel de relaciones laborales no registradas.

En este sentido, cabe recordar que la LRT creó un organismo autárquico en jurisdicción del Ministerio de Trabajo, que sustituyó en sus funciones a la Dirección Nacional de Salud e Higiene del Trabajo: la S.R.T. Ese nuevo ente, destinado a supervisar y controlar a las A.R.T. (actualmente 26) no ha sido eficaz en la reducción de la siniestralidad y en controlar la prevención de los riesgos del trabajo.

En este sentido, entre la serie de estadísticas publicadas por la S.R.T. no hay ninguna referente a la estructura de gastos de las aseguradoras; a la porción de los mismos destinada al asesoramiento y la vigilancia; a la relación en casa aseguradora entre el nivel de siniestralidad de las empresas y las primas cobradas a las mismas; a las inversiones efectuadas por los asegurados para prevenir los riesgos del trabajo. Tampoco se dispone de datos sobre la cantidad de denuncias por incumplimiento de las normas de seguridad, ni sobre las inspecciones realizadas por la S.R.T. para verificar su observancia.

Como señalara tempranamente Eduardo Alvarez, los artículos 4to. y 31 de la LRT eran una de los pocas disposiciones protectorias que se pueden hallar en la LRT.

El proyecto intenta acotar la responsabilidad integral de las A.R.T. en relación a estos artículos de la ley, cuya interpretación a favor de los damnificados, superó la previsión inicial de los autores de la L.R.T. Se pretende ahora corregir este “error” inicial, con la manifiesta intención de licuar las responsabilidades de las ART.

En conclusión lo que está faltando en el proyecto del P.E.N. son verdaderos incentivos para que las A.R.T. controlen el incumplimiento generalizado de las normas protectorias en materia de prevención por parte de las empresas afiliadas responsables de aplicarlas.

La transferencia de responsabilidades hacia el Estado Provincial y Nacional, no hace más que diluir las mismas.

La dilución de la responsabilidad por riesgo es inversamente proporcional al interés del sistema por la prevención.

Sin perjuicio de lo antedicho es adecuado que la normativa proyectada exija a las entidades aseguradoras privadas que apoyen, asesoren y ejerzan un control en materia de prevención, sobre las empresas aseguradas. Sin embargo, en este supuesto, es necesario establecer requisitos estrictos (como fijar el porcentaje mínimo del presupuesto que debe dedicarse a la prevención y la cantidad de especialistas dedicados a la función) si en verdad se quiere garantizar la actuación preventiva de las ART. Una parte de lo recaudado (mínimo a establecer por la autoridad de aplicación) se debe dedicar a la prevención. Esta “inversión a la prevención” es, una obligación (y no una opción) de las aseguradoras que componen el Sistema

Por otra parte si bien en el articulado del anteproyecto se establecen una serie de obligaciones que deben cumplir las ART a los fines del controlar los planes de prevención de riesgos, falta una norma fundamental para que esta disposición tenga efectivo cumplimiento.

Nos referimos a la responsabilidad solidaria de las ART respecto a los incumplimientos a las normas de higiene y seguridad por parte del empleador que causaran siniestros y que no fueran controladas ni denunciadas por las ART.

La jurisprudencia ha determinado la responsabilidad solidaria de las ART con los empleadores por los daños en la salud que sufran los trabajadores asegurados, cuando las lesiones se hayan producido como consecuencia de incumplimientos de las ART a los deberes legales de prevención y contralor que la LRT les impone y siempre que haya

mediado un nexo de causalidad adecuado entre el daño y las conductas omitidas por la Aseguradora de Riesgos del Trabajo.

Estas condenas no se limitaron a las indemnizaciones tarifadas del sistema a las que las ART están inicialmente obligadas a pagar, sino que comprende la reparación integral de todos los daños sufridos por la víctima, en forma solidaria y concurrente con el empleador, basadas en el artículo 1074 del Código Civil.

Se arribó a esta conclusión fundándose en que las ART, no son sólo compañías aseguradoras, sino que la LRT las obliga además, a adoptar expresos deberes de contralor del cumplimiento, por parte de las empleadoras afiliadas a cada ART, de las normas de prevención y seguridad.

Esto significa que verificada la existencia de un daño en la persona del trabajador que responda a un incumplimiento por el empleador de las normas legales relativas a higiene y seguridad en el trabajo, sin que la aseguradora de riesgos del trabajo haya denunciado el incumplimiento conforme se lo impone la ley, o haber omitido cumplir con sus obligaciones, será responsable solidariamente con su asegurado, frente al trabajador de los daños y perjuicios sufridos por éste como consecuencia de esa conducta omisiva de la aseguradora de riesgos del trabajo y siempre que se verifique un nexo de causalidad adecuado entre la omisión en la que se ha incurrido y el daño sufrido por la víctima.

Las ART están obligadas a desarrollar una actividad diligente para cumplir con los fines que le impuso el legislador en relación con la prevención de los riesgos. La obligación de prevenir los riesgos laborales constituye una obligación de medio que, si no está cumplida, tiene como consecuencia lógica y legal (art. 1074) que la ART deba responder plenamente. Si cumple con las obligaciones que le asigna la LRT, verificando en forma efectiva el estado de las instalaciones y denunciando ante la SRT el déficit e incumplimientos de la empleadora, está exonerada de responsabilidad.

No se pretende que la ART tenga que evitar todo accidente, se trata de exigirle a la ART un comportamiento diligente en relación con el caso. Su obligación consiste en

no actuar culposamente con sus deberes legales. En concreto se sanciona la inobservancia del deber general de conducirse con la prudencia, cuidado y diligencia para evitar daños al trabajador, conforme la regla general establecida en el artículo 1109 del Código Civil.

Frente a la reforma a la LRT, se considera indispensable que en el capítulo referido a los deberes legales que se les impongan a las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo, en cuanto se refiere a la prevención de los riesgos, deben estar sustentados en la responsabilidad plena frente a las víctimas, por los daños que sus conductas omisivas generen. Las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación causas “Busto”, “Galván” y “Soria” así como de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires- en torno a la responsabilidad civil de las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo sobre la base del artículo 1074 del Código Civil e independientemente del otorgamiento de las prestaciones de la LRT, abonan suficientemente esta propuesta.

La norma propuesta a insertar debería quedar así redactada:

“La ART deberá controlar la ejecución de las medidas y modificaciones que correspondan y deberá denunciar las omisiones de los empleadores o empresarios afiliados a la SRT o a la autoridad administrativa provincial según correspondiere. Si la ART omitiere comunicar los incumplimientos del empresario o empleador respecto de las obligaciones previstas en la presente ley y su normas reglamentarias, será solidariamente responsable de los daños y perjuicios causados al trabajador con motivo de tales incumplimientos, siempre que los mismos guarden nexo de causalidad adecuada entre daño sufrido y las obligaciones omitidas.”

También, entre las obligaciones de las ART falta una muy importante que es la de informar a los trabajadores y sus organizaciones sindicales de la red de establecimientos para la atención médica y hospitalaria de los damnificados, con la posibilidad de poder optar entre los distintos prestadores.

Sobre la cobertura de prestaciones médicas asistenciales cabe destacar que el déficit de las prestaciones en especie que se ha verificado en muchos casos, determina

la conveniencia de la creación de un ente que dependa de la SRT y que exclusivamente controle la calidad de las mismas.

8.- Comités Mixtos de Prevención de Riesgos y Protección de la Salud y Seguridad Laboral.

Desde hace tiempo que existe consenso en la necesidad de la participación de los trabajadores en estos entes destinados a controlar el funcionamiento de la prevención de los riesgos en cada establecimiento, de modo que caía de madura su incorporación en el nuevo texto legal.

Sin embargo, a efectos de evitar una interpretación que intente hacer corresponsables a los trabajadores sobre el deber de seguridad que es excluyente del empleador y la ART falta incluir una cláusula que taxativamente establezca que: *Las decisiones del Comité Mixto de Higiene y Seguridad no implican desmedro alguno de los derechos individuales de los trabajadores, ni implican corresponsabilidad alguna de los damnificados respecto al deber de seguridad que pesa sobre los empleadores y las ART.*

9.- Incapacidad laboral temporaria.

Existe una mejora de la misma al permitir su extensión hasta tres años más de vencido el año inicial, si es que existe acuerdo con el trabajador e interviene la comisión técnica local.

También hay que señalar que haciéndose eco de la críticas al sistema vigente se equipara la prestación por ILT a las pautas del art. 208 de la LCT, es decir, incorporando todas los aumentos y beneficios que hubiera tenido el trabajador de no haber sido interrumpidos los servicios a causa del siniestro.

10.- Indemnización tarifada.

En lo que se refiere al Ingreso base se mantiene el criterio errado de solo computar las sumas sujetas a cotización a la seguridad social, cuando existen una serie de montos no remunerativos que no están sujetas a aportes, pero que el trabajador

igualmente recibe como ingreso.

El calculo del ingreso base se efectúa en referencia al llamado “salario previsional”. Así dice el art. 34 del proyecto el mismo es el «que resulta de dividir la suma total de las remuneraciones sujetas a aportes y contribuciones con destino al Sistema Integrado de Provisional Argentino devengadas en los seis meses anteriores a la primera manifestación invalidarte, o en el tiempo de prestación de servicios si este fuere menor, por el número de días corridos comprendidos en el período considerado».

Por lo tanto las prestaciones dinerarias se determinan sobre la base de una cifra dineraria inferior a la real remuneración del trabajador.

En consecuencia las prestaciones no reflejan la real pérdida que sufre el trabajador como consecuencia del infortunio, sino tan sólo una porción de ese daño.

Este criterio que criticamos se aplica para las indemnizaciones por incapacidad permanente, sin embargo no rige para los casos de la incapacidad laboral temporaria, en el que se establece adecuadamente: *“que el damnificado percibirá una prestación de pago mensual de cuantía igual a la que percibía al momento de interrupción de los servicios, con más lo aumentos que durante el período de interrupción hubieran sido acordados.”*

De esta manera se corrigen las fuertes críticas que había tenido el sistema vigente el cual determinaba la disminución de los ingresos del trabajador durante el periodo de ILT. Pero subsiste el reproche respecto a la base que se utiliza para las indemnizaciones permanentes.

Respecto a estas indemnizaciones permanentes se mejora el sistema actual al elevar el coeficiente de 53 a 75 y también el de edad, llevándolo a 75, en vez del actual, de 65.

Creemos que hubiera sido más justo elevar ambos coeficientes a 100. De hecho la ley 23.643 había colocado el coeficiente de edad en 100, siendo reducido a 65 por la ley 24.028.

También es positivo que se agregue un 20% como prestación dineraria de pago

único. En caso de muerte esta indemnización nunca será inferior a 75.000 UPES.

También es positiva la eliminación de los topes y su sustitución por los pisos que se establecen en 250.000 UPES, que equivalen a \$250.000. En caso de incapacidad parcial la indemnización nunca será inferior al producto de 250.000 UPES por el porcentaje de incapacidad.

El UPES se actualizará de acuerdo al RIPTE, lo que parece un criterio adecuado.

No se mantienen los adicionales de pago único previstos por el decreto 1278/00 de 30.000, 40.000 y 50.000 para los supuestos de alta incapacidad o muerte.

Es criticable que el accidente “in itinere” se reduzca a solo el inciso “a” del artículo 36, es decir, la formula base sin la prestación adicional de pago único equivalente al 20% de la indemnización tarifada.

Este es un claro retroceso respecto de la ley vigente, en la cual la indemnización por el “in itinere” es equivalente, sin disminución alguna, a la de los demás infortunios.

11.- Pago en Renta.

Es criticable que en el anteproyecto se insista en la modalidad del pago en renta aunque sea solo en forma de opción.

El sistema de pago en renta aun con los adicionales previstos avasalla en forma fragante el libre albedrío de las víctimas de infortunios laborales, al no cobrar el total indemnizatorio en un pago único, por lo que en el momento de sus vidas que más lo necesitan, se ven así impedidas de, por ejemplo, procurar su sustento por medio de un pequeño o mediano emprendimiento: invertir el capital en la instalación de un negocio, prestar algún tipo de servicio organizado, o en general encarar alguna empresa con el dinero procedente de la indemnización que signifique una reformulación profunda de su proyecto de vida.

La ratificación de la inconstitucionalidad del pago fragmentado de las indemnizaciones a raíz de las altas incapacidades o de la muerte, por parte de la Corte Suprema en los casos “Milone” y “Suárez Guimbard”, estaría advirtiendo a los legisladores de la futura la LRT el hecho de no insistir con este sistema y de permitir a

las víctimas o sus derechohabientes, la percepción íntegra y en un solo pago de las indemnizaciones, como lo dispone el ordenamiento jurídico común vigente para el cobro de las demás indemnizaciones por daños.

La Corte Suprema ha cuestionado el sistema del pago en renta, no sólo por la insuficiencia del valor de la cuota, sino que lo ha descalificado por completo, por afectar el ámbito de libertad de las personas para disponer de un capital que le es propio y realizar un proyecto autónomo de vida.

De tal modo que no bastaría para justificar el pago fragmentado que el monto de la cuota alcance algún nivel hipotético de razonabilidad (calificación subjetiva), sino que el sólo hecho de la indisponibilidad integral y completa de la indemnización, constituye una respuesta irrazonable e inconstitucional para los damnificados, por afectar su derecho de propiedad en un sentido amplio.

Pero tampoco parece justificarse el pago en renta como una “opción” del trabajador al percibir su indemnización, como se propone en el anteproyecto de ley, cuando es sabido que la voluntad del damnificado es de fácil cooptación por los obligados del sistema.

Aun así, en el supuesto -que no se propicia- de que se insista con una modalidad opcional del pago en renta, deberá entonces otorgarse la facultad al trabajador de poder revocar su decisión inicial, pudiendo disponer así del capital restante, desde el momento que decida el cambio.

Por último, sobre la inconveniencia del sistema no hay que desconocer que las compañías de Seguros de Retiro, donde los trabajadores depositan el capital de sus indemnizaciones, realizan una gestión que no es gratuita. De tal modo, no sólo se priva al damnificado del capital íntegro de su indemnización sometiéndolo a los criterios discrecionales de la compañía de Seguros de Retiro, sino que esta “gestión” al ser onerosa, por ser dispuesta por una sociedad comercial, le priva al damnificado de percibir una porción de ese capital previamente fragmentado.

Muchos han insistido que el pago cuotificado protege al trabajador frente a la

visicitud de tener que administrar un capital propio, como si los trabajadores fueran impúberes o discapacitados. Pero a su vez no consideran que los damnificados carecen de capacidad negocial y conocimientos para controlar los complejos manejos financieros de las administradoras de su capital, ni tampoco pueden discutir seriamente las condiciones de la renta que les presentan las compañías de Seguro de Retiro.

En verdad, la experiencia de campo demuestra que la variación del monto de las rentas ha sido menor que la inflación, y las inversiones resultantes fueron inferiores a otras que podrían hacer el trabajador o en su caso, los derechohabientes, en forma autónoma.

Las indemnizaciones por accidentes del trabajo no pueden tener un tratamiento idéntico al del beneficio jubilatorio, ya que a las primeras corresponde la reparación de los daños que intenta paliar las pérdidas sufridas por las víctimas. Ellas son absolutamente independientes del beneficio jubilatorio que está relacionado con los aportes previsionales efectuados por el trabajador a lo largo de su vida laboral y del que goza, con independencia del motivo por el cual accede a la jubilación.

12.- Responsabilidad Civil del Empleador.

El anteproyecto establece que la percepción de las indemnizaciones tarifadas por parte de los damnificados implica que el damnificado acepte y reconozca *que ha recibido una reparación suficiente del “daño funcional” a todos los efectos legales.*

Esta redacción es engañosa y confusa, ya que no se define qué se entiende por “daño funcional”. Es más este concepto no fue utilizado por la Corte Suprema en los casos “Aquino”, “Diaz c/Vaspia” “Llosco” ni “Avila Juchami”

En verdad, instala en forma camuflada la reiteradamente criticada “opción” que se le obliga a realizar al damnificado entre la reparación tarifada y la posibilidad de obtener la reparación integral.

En efecto, al fijarse la percepción de la prestación dineraria -sin el adicional del 20%- implica que la reparación del indefinido daño funcional determine en los hechos

que el damnificado renuncie a poder reclamar la reparación integral del daño que sufrió a consecuencia del infortunio, incumpliendo lo señalado por la Corte en los célebres y referidos casos “Aquino”, “Llosco” y “Arostegui”.

La proyectada norma solo dejaría un espacio para reclamar el daño moral que es el que supuestamente repara el inciso b del artículo 36, es decir la prestación dineraria adicional del 20%.

La opción de elegir una de las dos acciones es contraria a la doctrina expuesta por la Corte Suprema en los fallos “Aquino” y “Llosco” en el sentido de que todos los habitantes sometidos a un daño injustamente sufrido, incluidos los trabajadores, tienen derecho a una indemnización integral que, para que sea justa, debe cubrir todos los perjuicios, no pudiendo quedar ningún daño sin reparar.

El Superior Tribunal en el caso “Arostegui” señaló que en el contexto indemnizatorio del Código Civil debe tenerse en cuenta que “la incapacidad del trabajador, por un lado, suele producir a éste un serio perjuicio en su vida de relación, lo que repercute en sus relaciones sociales, deportivas, artísticas, etc., y que por el otro, debe ser objeto de reparación, al margen de lo que pueda corresponder por el menoscabo de la actividad productiva y por el daño moral, pues la integridad física en sí misma tiene un valor indemnizable... En el ámbito del trabajo, incluso corresponde indemnizar la pérdida de “chance”, cuando el accidente ha privado a la víctima de la posibilidad futura de ascender en su carrera” (considerando 5to, voto de la mayoría).

De adoptarse este criterio implicaría un retroceso respecto del actual escenario jurisprudencial, en el que el trabajador tiene derecho a percibir las prestaciones de la LRT -de carácter irrenunciables (art. 11, LRT)- y reclamar por la vía civil la reparación de todos los demás daños sufridos por el trabajo, sin ningún otro límite que la acreditación de los presupuestos de responsabilidad civil, ante el Juez interviniente.

Mientras la Corte Suprema sostuvo en “Aquino” que además de la reparación civil permanecían subsistentes todas las obligaciones de las ART, la propuesta del anteproyecto de un régimen de accidentes, estableciendo una opción con renuncia, le

impide al trabajador percibir la reparación tarifada y, consiguientemente, aspirar a una sentencia que reconozca el daño mayor también sufrido.

El sistema especial y la apertura de las acciones civiles pertinentes no resultan - según la Corte Suprema- regímenes independientes e incompatibles. Por el contrario, se complementan para la reparación del daño único originado en aquellas causas involucrando respectivamente a dos sujetos responsables: la aseguradora y el empleador.

Surge diáfananamente de la causa “Llosco” que los trabajadores o derechohabientes no pierden el derecho de acceder a la Justicia para reclamar al empleador responsable los mayores daños y perjuicios no contemplados en las indemnizaciones tarifadas de la LRT, siempre que concurren los presupuestos de la responsabilidad civil.

Al retacearse el acceso a la reparación integral, mediante una elección que tiene que ejercitar el damnificado en los momentos dramáticos al sufrir un daño en su integridad psicofísica, encontrándose por ello socavada su voluntad, y desconociendo la víctima que la opción excluyente del régimen tarifado implica una renuncia a derechos constitucionales, se coloca a la víctima en un status inferior a la actual L.R.T., en el escenario posterior al Fallo “Aquino” del Superior Tribunal de la Nación.

Es por ello que consideramos que la introducción del sistema de opción constituye una salida gatopardista que sustituye la valla del artículo 39 por otra nueva. Se quitan derechos a las víctimas que éstas hoy conservan, sin que exista fundamento jurídico o constitucional para tal cercenamiento.

La única explicación para esta propuesta es metajurídica y la constituye la eterna pretensión de los obligados del sistema de limitar y acotar los costos de aseguramiento. En este marco sociológico son cercenados los derechos constitucionales de las víctimas laborales.

13.- Deducción de prestación de la reparación civil.

Se plantea también en el anteproyecto que cuando por sentencia judicial se determine la reparación con fundamento en las normas del Código Civil en un importe superior al que por iguales conceptos otorgue la presente ley deberá deducirse de dicho importe el valor de los montos en concepto de ILP, ILT, gran invalidez o muerte y la cuantificación de las prestaciones en especie otorgadas y a otorgar, siempre que esos conceptos hayan sido reclamados.

Coincidimos en que corresponde la deducción de las indemnizaciones tarifadas por incapacidad laboral permanente definitiva o por la muerte, ya que concierne al primer tramo de la reparación y se remite al menoscabo de la capacidad productiva que el daño le produce al trabajador.

Respecto de la proyectada deducción de los demás rubros referidos en el anteproyecto, ha criticado en nuestro Informe Laboral Nro. 8, por cuanto constituía un riesgo serio de envilecimiento de la reparación integral, siendo que además no correspondía su deducción porque no había sido reclamada en el juicio. Como puede observarse, esto ha sido corregido y solo existirá deducción en el caso de la inclusión del reclamo en la demanda civil.

Con lo cual podemos afirmar que la inserción de la deducción de estos rubros es sobreabundante y aun puede dar lugar a confusiones o interpretaciones disvaliosas.

A todo evento reiteramos alguna de las observaciones que habíamos efectuado con anterioridad:

“Durante la vigencia de la ley 9688 y sus modificatorias en el ejercicio de la opción civil, nunca se dispuso la deducción de la asistencia médica y rehabilitatoria y menos aún los salarios por incapacidad temporaria, como se propone ahora.

“Las prestaciones en especie no son susceptibles de ser consideradas como parte de la reparación dineraria integral que se reclama en la acción civil y, por ello, no corresponde deducirlas del importe de la condena.

“La atención médica y farmacéutica, la provisión de prótesis y ortopedia, la

rehabilitación, la recalificación profesional y el servicio funerario, no son rubros que se reclaman en las demandas, de modo tal que no pueden ser descontadas respecto a otros que integran el daño emergente, el lucro cesante o el daño moral.

“Son prestaciones que corresponden a las obligaciones que tienen las ART (Artículo 20 LRT) y que la Corte dijo claramente que subsisten, con independencia de los demás daños a la persona del trabajador.

“Respecto al descuento de las prestaciones por Incapacidad Laboral Temporaria cabe hacer similares reflexiones.

“En primer lugar no constituyen una indemnización sino que tienen naturaleza salarial, incluyendo aportes previsionales, y vienen a sustituir las remuneraciones que dejó de percibir el damnificado a consecuencia del siniestro.

“Estos salarios por ILT, vendrían a tener una función similar a los previstos en el art. 208 de la LCT, motivados por enfermedad inculpable del trabajador, y emergerían como una consecuencia de la suspensión de ciertos efectos del contrato de trabajo, en este caso, producidos por la ocurrencia del infortunio laboral.

“Tampoco están demandados en los juicios por los damnificados por haber sido satisfechos por las ART en cumplimiento de sus obligaciones, de modo que por los mismos argumentos vertidos con anterioridad no corresponde su deducción respecto a rubros diversos reconocidos en una sentencia de condena civil.

“En relación a la prestación mensual por gran invalidez prevista en el anteproyecto, que sería similar a la actual, es decir, una suma mensual no definida monetariamente que beneficiaría al incapacitado con mas de 66% de incapacidad, tampoco correspondería su deducción. En efecto, la misma corresponde a la asistencia que debe tener el lisiado para afrontar su vida cotidiana, circunstancia que tampoco esta comprendida en los rubros que se reclaman en la acción civil. Con igual criterio que lo dicho anteriormente no correspondería su deducción.

“Por lo tanto, se reitera, sólo sería admisible deducir de la indemnización civil las sumas provenientes de las indemnizaciones tarifadas por incapacidad laboral

permanente definitiva o la muerte”.

14- Las Comisiones Médicas y el procedimiento.

El anteproyecto mantiene el sistema obligatorio de las Comisiones Técnicas Locales y Central, compuestas por tres médicos a las que incorpora un abogado. El trabajador recién puede acceder al Tribunal competente luego de agotar la vía de la Comisión Medica Central.

Si bien se plantea disfrazar a las Comisiones Médicas como Tribunales Administrativos, en verdad no lo son, por cuanto todo el personal dependiente de la SRT se rige por la LCT. Es incompatible entonces que se hable de órganos jurisdiccionales sin que sus integrantes posean la estabilidad del empleo público que deben ostentar quienes desempeñan funciones judiciales.

Desde ya disentimos con el diseño procedimental que reitera el cuestionado sistema vigente.

Incorpora el patrocinio jurídico o médico *optativo* para el trabajador. Este es otro grave error, ya que frente a un procedimiento contencioso jurídico debería ser obligatorio el patrocinio jurídico del trabajador, a los fines de cumplir con la garantía constitucional de defensa en juicio.

El anteproyecto en el tema procedimental poco cambia respecto del sistema vigente, obligando al impugnante a un largo proceso administrativo, para recién luego llegar a la instancia judicial ante los tribunales laborales locales donde la víctima goza de las garantías constitucionales.

Sólo repara en el caso “Castillo” de la Corte Suprema, en cuanto a la eliminación de la intervención de la Justicia Federal.

El sistema, de alguna manera, abruma al siniestrado para que en definitiva acepte el dictamen inicial de la ART que a su vez es sometido a las también ratificadas Oficinas de Homologación y Visado, que han operado como legitimantes de las pretensiones de las ART.

La Corte ha definido en los casos “Castillo”, “Venialgo” y “Marchetti” que la naturaleza de la materia de accidentes del trabajo es de derecho común y no federal. Por tal motivo no corresponde al Congreso legislar el procedimiento en esta materia ya que sólo puede establecer los contenidos sustantivos del régimen de infortunios laborales.

En este sentido, es posible admitir en cada Jurisdicción provincial algún régimen voluntario procesal, designadas por las autoridades administrativas de cada Provincia, para que en caso de diferendos respecto a prestaciones entre trabajador y ART, se emita un dictamen, que pueda luego ser revisado en forma amplia por la Justicia laboral competente, para el supuesto de ser cuestionado dentro de un plazo razonable.

En consecuencia, con respecto al procedimiento en el Congreso, le cabría regular la intervención voluntaria de las Comisiones Médicas Locales sólo en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, ya que -como ha señalado la Corte Suprema-, le está vedado afectar las facultades no delegadas de las Provincias de fijar el procedimiento y la jurisdicción dentro de su ámbito territorial (conforme los artículos 75 inciso 12, 30 y 121 de la Constitución Nacional).

La Ley 24.557 violó las reglas constitucionales en materia de poderes delegados por las Provincias al Estado Federal. El anteproyecto está repitiendo el error.

Tampoco tiene sentido el mantenimiento de la Comisión Médica Central que constituye otro obstáculo que debe superar el damnificado antes de acceder a la Justicia.

Las decisiones de las Comisiones Médicas voluntarias deberían ser consideradas como meros informes médicos periciales, con exclusiva facultad para determinar el carácter y grado de la incapacidad y el contenido de las prestaciones en especie con amplia facultad de revisión de su dictamen por parte de la Justicia.

A todo evento, es aconsejable que estas comisiones médicas estén constituidas por médicos con estabilidad del empleo público y con dedicación exclusiva para afirmar su independencia.

Asimismo, insistimos en que se debería establecer en el trámite el patrocinio

jurídico obligatorio para los damnificados, a fin de asegurar el debido proceso y la garantía de defensa en juicio.

El procedimiento voluntario ante comisiones médicas locales beneficia al trabajador quien también podrá optar por recurrir directamente ante la Justicia, sin ninguna otra intervención previa de instancia administrativa para obtener, a través de una vía sumarísima, las prestaciones que a su entender le corresponden y que sean reconocidas por los jueces.

La Justicia ofrece garantías de objetividad en el marco de un proceso judicial que no brindan los órganos administrativos como los diseñados en el anteproyecto.

Uno de los componentes principales del acceso a la justicia es, precisamente, el acceso directo a un tribunal competente, mediante un recurso efectivo y rápido y el derecho a ser prontamente oído por dicho tribunal, independiente e imparcial, a niveles tanto nacional como internacional (artículos 25 y 8º de la Convención Americana de Derechos Humanos).

Desde esta perspectiva la imposición de un procedimiento obligatorio previo en materia de infortunios laborales vulnera el derecho de acceso a la justicia que forma parte del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

El trámite administrativo no se justifica sino como una opción voluntaria del trabajador, ya que las históricas motivaciones de uniformidad de criterios para la fijación de incapacidades, carecen de fundamento jurídico. La determinación del carácter laboral de las enfermedades y accidentes, como la índole de las secuelas, se puede lograr con mayor certeza y garantía para los damnificados dentro del ámbito jurisdiccional, con el debido respeto de las garantías constitucionales.

Esto no impide que si el trabajador lo desea, en caso de no concordar con su ART, elija recurrir, antes de ingresar al ámbito judicial, a la vía administrativa previa. Por supuesto, en ambas hipótesis cabe garantizar la posibilidad de la revisión judicial amplia.

Por otra parte, nada obsta a que las ART cumplan con sus deberes legales y

reconozcan los siniestros que los empleadores afiliados o los damnificados denuncien, ni a que otorguen en forma automática las prestaciones en especie y dinerarias en los casos en los que las mismas correspondan.

La duración del proceso judicial, que puede alegarse como un perjuicio para los trabajadores, está compensada por los intereses que reconocen los jueces desde que se originan las deudas. Por el contrario, hasta el presente, el procedimiento de la LRT sólo reconoce los intereses desde el momento en que la prestación debió ser abonada o el capital depositado, es decir, cuando está firme la declaración de incapacidad -conforme la Resolución 414/99 SRT, publicada en el Boletín Oficial el 22 de noviembre de 1999. Esto implica que, durante el transcurso del procedimiento administrativo y ante la Cámara de la Seguridad Social no se computan intereses, produciendo un serio perjuicio a los acreedores que ven licuadas sus deudas por el mero transcurso del tiempo.

Este cambio de escenario que se propone, no alentará el rechazo de accidentes o enfermedades por parte de las ART sino que, por el contrario, determinará una acción responsable por parte de las mismas, ya que el rechazo sin fundamento de una pretensión puede acarrearles un importante perjuicio económico.

Por otra parte, las prestaciones en especie deben estar garantizadas al trabajador a partir de la denuncia del siniestro, mientras no exista un pronunciamiento denegatorio de autoridad competente, el que deberá dictarse en un plazo razonable.

Esto no obsta a la posibilidad de establecer legislativamente algún tipo de sanción más específica para los supuestos de rechazos infundados de cobertura del régimen de accidentes o enfermedades del trabajo, medida que también coadyuvará para la reclamada responsabilidad de las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo.

No debe omitirse que a pesar de la reiteradamente invocada automaticidad del sistema creado en 1995, las ART y las Comisiones Médicas han sido renuentes a reconocer las enfermedades laborales que sufren los trabajadores.

Finalmente, frente a los defensores acérrimos de las Comisiones Médicas como mecanismos de aceleración del otorgamiento de las prestaciones de la LRT, cabe

reiterar que se ha construido un mito sobre el verdadero alcance de sus actuaciones. En efecto, según informa la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, en relación con el cuestionamiento de las decisiones de las ART por parte de las víctimas, “han existido más acuerdos que divergencias entre aseguradores y damnificados, ya que en los últimos períodos, se han requerido intervención de las comisiones médicas solo en el 6% del total de los siniestros denunciados y asistidos por la ART”.

Es decir que el 94% son acuerdos suscriptos entre el trabajador y su aseguradora y sometidos a una “homologación” por parte de las “Oficinas de Visado y Homologación” dependiente de las Comisiones Médicas.

Estos datos demuestran que la mayoría de los trabajadores suscriben acuerdos con las ART, sin cuestionar siquiera las propuestas indemnizatorias ante las comisiones médicas, quedando, en definitiva, sometidos a la entera voluntad de la Aseguradoras de Riesgos del Trabajo.

La función de homologación de acuerdos entre ART y damnificados, que son la inmensa mayoría de los casos, puede efectivizarse, con mayores garantías y respeto a las pautas fijadas por el artículo 15 de la LCT, por parte de la Justicia Laboral competente en cada Jurisdicción, sin necesidad de recurrir a heterodoxas instancias administrativas que han sido fuertemente cuestionadas por su idoneidad e imparcialidad.

En igual sentido, la dilucidación de las divergencias entre las partes, que constituyen la minoría de los litigios, se efectivizará con mayores garantías para las víctimas, mediante el acceso directo al Juez Natural, con el debido respeto a las garantías del debido proceso y la defensa en juicio.

Por otra parte, los tiempos de funcionamiento actual de las Comisiones Médicas no son tan breves como se pretende generalizar. Según la SRT, la duración promedio de los trámites ante las Comisiones Médicas Jurisdiccionales es de cuarenta y nueve días y ante la Comisión Médica Central es de ciento setenta días. En definitiva, la actuación previa de las instancias administrativas obligatorias no brinda la celeridad y

automaticidad que satisfaga las necesidades y expectativas de las víctimas laborales. Por el contrario, se convierten en un escollo para el acceso directo, rápido y oportuno a la jurisdicción a fin de dilucidar los diferendos derivados del régimen de accidentes y enfermedades laborales.

15.- Tratamiento de las controversias en torno al Art. 208 a 212 de la LCT.

El proyecto establece la competencia de las comisiones médicas, cuando se incorpore el “Juez administrativo letrado” para dirimir las controversias en torno a las enfermedades inculpables reguladas en los artículos 208 a 212 de la LCT.

Esto no puede menos que calificarse como un disparate, una decisión inconstitucional que propone apartar a los Jueces naturales del Trabajo, que dirimen este tipo de conflictos, por las cuestionadas Comisiones técnicas que tienen la función de actuar ante los siniestros laborales.

Se perfila en el diseño de este anteproyecto el mismo criterio de desjudicialización del conflicto laboral y la consecuente derivación de los mismos hacia órganos desespecializados, emulando a la criticada Ley 24.557.

16.- Desgravaciones impositivas ART:

Es insostenible después de 12 años de vigencia del sistema que las ART sigan exentas de gravámenes impositivos. Así proyectado artículo 52 repitiendo el 25 de la ley vigente dice: “los contratos de afiliación a una ART están exentas de todo impuesto o tributo nacional.”

También están exentos de impuestos los contratos de renta periódica, como las reservas obligatorias de las ART.

Las cuotas de las empresas son deducibles del impuesto a las ganancias.

En cambio las Obras Sociales que integran sistema de seguridad social están gravadas con el IVA.

17.- Colofón.

Como una evaluación general puede afirmarse que más allá de algunas mejoras imposibles de no conceder, luego de todo lo dicho por la doctrina y la jurisprudencia, sobre todo de la Corte Suprema, el anteproyecto puede consideráselo como un retroceso para los trabajadores respecto del escenario actual vigente

No debe olvidarse que las sentencias del Superior Tribunal de la Nación mejoraron sustancialmente la posición de los damnificados por accidentes y enfermedades del trabajo, pudiéndose afirmar que, desde entonces, rige un sistema de reparación de infortunios laborales sustancialmente diferente a la ley original.

Si hoy se está discutiendo la reforma a la inconstitucional LRT, ello ha sido posible por la labor de la Corte Suprema que en los hechos ha diseñado una nueva ley, adaptando la original a las garantías constitucionales.

De tal modo que lo que corresponde a la reforma es regular legalmente esa jurisprudencia, y no intentar achicar los espacios o licuar los contenidos de la misma, como reclaman los obligados del sistema.

La reforma en ciernes debería respetar esa jurisprudencia reafirmando la necesaria consideración que cada una de las sentencias de la Corte Suprema debe tener en la reforma de la ley a fin de que no se repitan situaciones de inconstitucionalidad.

Es esta la filosofía que debe sustentar la reforma legal en ciernes.

Sin embargo del primer análisis del anteproyecto elaborado por el Ministerio de Trabajo vemos que no se han tenido en cuenta estas premisas.

Por el contrario, luego del largo batallar judicial contra el artículo 39, párrafo 1ero de la LRT, persiste la intención de dificultar el acceso a la reparación integral de todos los daños sufridos por el trabajador, se insiste con la desjudicialización del procedimiento y las trabas para acceder al Juez natural.

Seguramente, desde el espacio de los obligados del sistema se invocará el tema de los costos del seguro.

Sin embargo, estos tienen actualmente un valor irrisorio del 2,60% promedio de

la masa salarial, porcentaje aún menor a la tasa del 3% fijada al inicio del funcionamiento del sistema. Esta alícuota de seguro tiene un costo que desnaturaliza su función y la torna a priori ineficaz. Por lo tanto surge evidente que en la mejora del funcionamiento del sistema no puede dejar de considerarse en su faz preventiva, en el otorgamiento de las prestaciones en especie y dinerarias, así como en el reconocimiento de los derechos constitucionales señalados por la Corte Suprema, implica necesariamente un aumento del costo del seguro.

Este es el núcleo de la cuestión que, al parecer, la reforma, seguramente, por reclamo de los empleadores no toma en consideración.

La previsibilidad de dichos costos de las condenas civiles se resuelve a través del aseguramiento diferenciado de la responsabilidad civil respecto de la tarifada, como incluso, esta previsto en el anteproyecto, de la misma forma que se aseguran los siniestros por accidentes de tránsito, también de carácter masivo, y cuyas víctimas gozan del derecho a la reparación integral y el acceso irrestricto a la justicia.

No es exacto que la limitación cuantitativa del monto indemnizatorio, a través de la obstaculización del acceso a la reparación integral, constituya una necesidad indispensable a los fines de viabilizar la contratación de seguros que cubran a los eventuales responsables de las consecuencias de la actividad laborativa.

Este argumento es insuficiente para justificar la pretendida limitación. Se quiere atribuir consecuencias exageradas a las indemnizaciones como si estas tuvieran la aptitud de tornar imposible el aseguramiento de la reparación civil por los riesgos del trabajo. Los mismos argumentos y fines podrían ser válidos para propiciar limitaciones generalizadas en materia de responsabilidad integral de los siniestros de otras actividades. Es, por lo tanto, erróneo pensar que la restricción de la indemnización plena otorgue mayor viabilidad a la contratación del seguro.

En definitiva, podemos anticipar que, de prosperar este diseño normativo, persistirá la elevada siniestralidad actual, el conocido déficit de las prestaciones en especie y se incrementará la litigiosidad por los nuevos planteos de inconstitucionalidad que la nueva ley traerá aparejada.