

**LA REFORMA DE LA LRT DEBE SER CONCORDANTE CON LA
JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE
LA NACION.**

POR HORACIO SCHICK

Mar del Plata, Noviembre 2008.

INDICE

I.- Introducción.....	3
II.- Filosofía que debe sustentar la reforma.....	3
III.- La Prevención.-	7
IV. La responsabilidad civil en la reforma de la ley.....	7
4.1. La Corte Suprema y la reparación civil de los accidentes laborales.....	7
4.2 La Opción.....	10
4.3. Irresponsabilidad del empleador en cumplir las normas de seguridad.....	10
4.4. Cúmulo total.....	11
4.5. Rubros indemnizatorios que integran la reparación civil	13
4.6. Lo dicho por la Corte Suprema en materia de reparación civil.....	15
V.- Las enfermedades laborales en la reforma de la LRT.	15
5.1 Marco Internacional.....	15
5.2. Las enfermedades en la LRT.	16
5.3. Reparación extrasistémica. El caso Silva de la CSJN	17
5.4. Las enfermedades y la reforma legal.....	19
VI. El procedimiento.....	21
6.1 La Jurisprudencia de la Corte Suprema	21
6.2 La reforma del Procedimiento.....	21
VII. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA S ART.	25
VIII. PAGO EN RENTA Y TOPES. PISOS INDEMNIZATORIOS	28
8.1. Los casos “Milone” y “Suarez Guimbard” de la Corte Suprema.	28
8.2. Fin del pago en renta.....	29
8.3. Pisos indemnizatorios en vez de topes.....	29
IX.- OTRAS REFORMAS NECESARIAS.....	30
9.1 Estabilidad contractual del damnificado.....	30
9.2 Elevación de las indemnizaciones tarifadas.	30
X. ACCIDENTE IN ITINERE.....	31
COLOFON.....	33

LA REFORMA DE LA LRT DEBE SER CONCORDANTE CON LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION.

POR HORACIO SCHICK

I.- Introducción.

En estos días se presenta la oportunidad histórica de debatir los contenidos de una nueva ley de accidentes de trabajo. Cabe aspirar que este proceso se realice con la participación pluralista de todos los sectores involucrados, como corresponde a una democracia verdaderamente representativa y no como ocurrió en el año 1995, cuando la sanción de la Ley de Riesgos del Trabajo fue fruto de deliberaciones cupulares, a espaldas de los principales destinatarios: los trabajadores, y con el rechazo de la inmensa mayoría de la doctrina especializada.

Es de esperar que quienes están presionando para que se cometan nuevamente errores de este tipo, no logren incidir en los mecanismos del poder democrático y el parlamento advierta la ignominia de la experiencia pasada.

En última instancia está por verse si los corresponsables del sistema vigente logran erosionar la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a través de la nueva ley o si por el contrario se respetan los derechos reconocidos por el Máximo Tribunal del País.

II.- Filosofía que debe sustentar la reforma.

A diferencia de los contratos de contenido patrimonial, en el contrato de trabajo el objeto es la persona física del trabajador. Es éste el que expone su cuerpo para cumplir con el débito laboral. Por su parte la primera obligación del empleador es garantizar que el trabajador regrese íntegro de su empleo, de allí que es esencial la función del sistema de riesgos de trabajo a fin de establecer un eficaz sistema preventivo que reduzca los infortunios laborales.

En este sentido vale recordar lo dicho por la Dra. Carmen Argibay en la causa "Díaz c/ Vaspia" en la que señaló que: "En la prestación laboral, el empleado asalariado aporta su fuerza de trabajo y ésta depende directamente de su integridad física. Dicha circunstancia tiene dos implicaciones casi obvias: una, que el nivel de exposición de su cuerpo, en tanto medio o instrumento de los trabajadores para ganarse la vida, es alto y, otra, que el riesgo de un deterioro físico implica la marginación total o parcial de la actividad económica al perder en esa medida la posibilidad de seguir utilizando su cuerpo para obtener el sustento. Es decir, las probabilidades de daño físico son más elevadas".¹

El abordaje de la temática de accidentes del trabajo debe tomar en consideración que el bien jurídico a tutelar es la integridad psicofísica del trabajador y, si no puede evitarse que éste salga indemne de su empleo, debe lograrse que los daños sufridos sean reparados en forma integral.

El bien jurídico protegido por el sistema de infortunios laborales está conformado por la vida y la salud de los trabajadores y a ello debe atender el Estado. La situación de riesgo, la inseguridad y la imprevisión refieren a la persona que trabaja y a las condiciones en las que realiza su labor. El capital de la empresa no es el bien por el

¹ CSJN, 07.03.2006, "Díaz, Timoteo Filiberto c/ Vaspia SA".

que se deben orientar con prioridad las prescripciones que regulan el mundo del trabajo dado que “el cumplimiento de las obligaciones patronales no se supedita al éxito de la empresa” (considerando 13º del voto de los Dres. Petracchi y Zaffaroni en la causa “Aquino”).

Por esto mismo, en caso de fracasar la evitación de los daños a través de mecanismos de prevención, es función de la ley repararlos en forma justa. Ello se logra a través del resarcimiento completo de todos los perjuicios sufridos por la víctima, al margen de los que puedan corresponder por el menoscabo de la actividad productiva: la incapacidad física, la psíquica y el daño moral; la pérdida de ganancias y los perjuicios de la vida de relación social, deportiva y artística; la pérdida de chance de ascenso en la actividad profesional y la lesión estética; etc. (cf. considerando 3º, causa “Aquino”).

La cuestión de la reparación es central en la medida en que los datos sobre siniestralidad laboral -exclusivamente respecto del personal registrado que informa anualmente la Superintendencia de Riesgos del Trabajo- demuestran su crecimiento año a año, incluso por encima de las cifras de crecimiento económico. Existe indudablemente un déficit en la prevención como lo han reconocido el actual y el anterior Superintendente de Riesgos del Trabajo, en diferentes declaraciones públicas. Por nuestra parte sostenemos que esta insuficiencia preventiva estuvo relacionada con la falta de incentivos para invertir en esa dirección. Ello debido a la displicencia que estimuló el régimen de riesgos del trabajo en esa área y también como fruto de las contradicciones intrasistémicas de la ley, en la medida en que el empleador tenía frente a la ART la doble condición de cliente y controlado.

En este contexto no puede dejar de señalarse la irregularidad y las serias deficiencias de la Inspección del Trabajo vinculada con su desactivación, como por la carencia de operatividad de las disposiciones de la LRT.

Por el contrario, un dato de la realidad llamativamente silenciado es que uno de los méritos mayores de la jurisprudencia de los Tribunales -y, principalmente, de la emanada de la Corte Suprema-, a través del carácter ejemplificador y disuasivo de sus sentencias, fue el de estimular a los obligados del sistema a adoptar medidas preventivas, que no se habían verificado en los primeros años de vigencia de la ley.

Es sabido que en el ámbito de la responsabilidad civil en los siglos XX y XXI, las condenas de reparación de daños dejaron de ser simbólicas para tener un fuerte contenido económico y así cumplir el fin resarcitorio que el derecho les impone. Se produjo un cambio de óptica, la consideración de la situación de la víctima vino a reemplazar la anterior estimación desde el lado del victimario. Es decir, dejó de mirarse al victimario para mirar a la víctima, buscando su reparación.

La Ley 24.557, sancionada en 1995 en pleno auge del “neolaboralismo”, marchó en sentido contrario, lo que se vislumbró claramente en el discurso de sus creadores y defensores acerca de que el objetivo principal del nuevo sistema era limitar los juicios y reducir los costos empresariales, conjuntamente con la ampliación del mercado asegurador.

En verdad, la LRT adoptaba la ultraliberal y, también, contemporánea interpretación económica del derecho, que se dedica a contemplar la situación patrimonial de las empresas causantes de los daños y a determinar la incidencia en los costos de producción. Y, desde el punto de vista del mercado, se preocupa por las consecuencias de la litigiosidad, la descapitalización empresarial, el desempleo, etcétera. Según esta concepción, las disposiciones normativas de liberación de cargas indemnizatorias al dañador estimularían la productividad de las empresas.

Se trató de un retroceso intencionado con el fin de eludir responsabilidades. El proceso recesivo al que ingresó nuestro país a partir de 1998 y que hizo crisis en el fenomenal colapso de los años 2001 y 2002, con una caída de un 25 % del PBI, demuestra las falacias de esta doctrina economicista. Ni la LRT ni las demás leyes desprotectorias laborales dictadas en aquellos años impidieron la crisis, aunque dejaron al sector asalariado en un estado de vulnerabilidad nunca visto con

hschick@estudioschick.com.ar

info@estudioschick.com.ar

www.estudioschick.com.ar

anterioridad.

Desde el punto de vista normativo, la LRT estableció disposiciones abiertamente inconstitucionales e injustas, convirtiendo a los trabajadores en verdaderos ciudadanos de segunda.

Por un lado estableció mezquinas indemnizaciones tarifadas, con adicionales imposiciones de percepción de las mismas en forma de renta, en los casos de altas incapacidades y de la muerte.

A su vez cerró a los trabajadores la posibilidad de acceder a una reparación civil de carácter integral, vulnerando un derecho existente desde la sanción del Código Civil.

También sustituyó a los Jueces Provinciales del Trabajo -que históricamente dirimían los conflictos en materia de accidentes entre los trabajadores, los empleadores y las aseguradoras- por organismos administrativos de carácter nacional compuestos por médicos y por la Justicia Federal. Se estableció un nuevo principio procesal, el de la justicia distante e inespecífica.

Desde la sanción de la ley, la inmensa mayoría de los académicos la criticó, luego los jueces de primera y segunda instancia de todo el país fueron declarando inconstitucionales numerosas disposiciones de la misma.

Pero a partir de septiembre de 2004 se produce un inmenso salto cualitativo cuando la Corte Suprema de Justicia de la Nación en su nueva composición dictó los trascendentales e históricos fallos "Castillo", "Aquino" y "Milone" que hicieron colapsar los pilares de una de las leyes más cuestionadas, no ya de la historia del derecho del trabajo, sino de las instituciones jurídicas en general.

Estas sentencias implicaron un retorno a la juridicidad, disipando errores conceptuales tan intensos que producían perplejidad a los observadores jurídicos iniciados, no ya de una disciplina esencialmente protectoria como es el Derecho del Trabajo, sino del más tradicional Derecho de Daños.²

Estos fallos cerraron un largo debate, perdido por aquellos que trataron de justificar ese cuerpo normativo y, paradójicamente, a los mismos sectores que se beneficiaron con su aplicación.

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.

Uno de los aspectos más relevantes 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 1ero., de la LRT.

Estas correcciones de la Corte Suprema provocaron críticas vulgares, mediáticas y meta jurídicas que vinculan las sentencias del alto Tribunal con el aumento de la litigiosidad, con la imposibilidad de las empresas de asumir los costos indemnizatorios y seguir produciendo, como si el funcionamiento del sistema productivo estuviese condicionado a que los trabajadores accidentados no pudieran acceder a la reparación integral de los daños sufridos.

También se cuestionan las sentencias aludiendo inseguridad jurídica y dificultades de interpretación.

Estas críticas nos merecen una primera respuesta y es que durante los primeros ocho años de vigencia del sistema, en los que centenares de miles de trabajadores perdieron para siempre derechos irrecuperables por aplicación directa de las disposiciones inconstitucionales de la ley 24.557, no se escucharon voces de reclamo

² ALVAREZ, EDUARDO, "El fallo "Aquino": El esperado retorno de la seriedad científica a la Argentina", *Revista de Derecho Laboral* [Número extraordinario: Fallos recientes de la C.S.J.N.], Rubinzal Culzoni, 2004, pág. 155.

respecto a esas pérdidas de beneficios, certeras, no hipotéticas.

En segundo orden, luce evidente que la Corte Suprema ha desenmarañado la compleja y tortuosa ley original, a su vez ampliada y corregida por ininidad de decretos y resoluciones, que tenía el adicional componente perverso de no admitir el patrocinio jurídico de los trabajadores para actuar ante las poderosas ART y ante las Comisiones Médicas en el procedimiento administrativo contencioso fijado por la ley.

Acerca del supuesto caos por el aumento de la litigiosidad laboral a consecuencia de los fallos del Tribunal Supremo, nos hemos encargado de señalar que el nivel de juicios por enfermedades y accidentes del trabajo no alcanza al 2% de la cifras registradas de siniestros por la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, con el agregado del otro 40% de infortunios correspondiente al sector no registrado de trabajadores que también se accidentan y son incluidos en las estadísticas de juicios en trámite.³

No obstante estas cifras razonables de litigiosidad en un sistema democrático con división de poderes, donde el acceso a la justicia es un derecho fundamental, no puede dejar de señalarse la existencia de una campaña de descrédito hacia los operadores jurídicos iniciada hace 18 años, que está empeñada en colocar las estructuras de producción por delante del ordenamiento jurídico. Una comprensión imperialista de la economía se encuentra detrás de estas campañas, preocupadas por imponer sus propias reglas y desplazar al derecho al papel de "pieza de museo".⁴

Estos ataques economicistas cuestionan la función de los abogados y el rol de la justicia. La litigiosidad, la industria del juicio y una supuesta condescendencia de los tribunales son los temas centrales. El telón de fondo lo integran el "desprecio por el Derecho" como normativa de convivencia, la subestimación de la actividad de los abogados -desestabilizadora y contestataria- y el descreimiento en los jueces del Estado. De allí se pasa a la privatización de la justicia a través de los medios alternativos, la habilitación para solucionar las controversias a profesionales ajenos al derecho y a la denuncia del litigio como costo desestabilizador.⁵

La Corte Suprema con sus históricas sentencias ha cuestionado esta concepción economicista, recuperando escalas axiológicas olvidadas por el legislador de 1995. Así lo recordó en el caso "Vizzotti" cuando señaló que: "No debe ser el mercado el que someta a sus reglas y pretensiones las medidas del hombre ni los contenidos y alcances de los derechos humanos. Por el contrario es el mercado el que debe adaptarse a los moldes fundamentales que representan la Constitución Nacional bajo pena de caer en la ilegalidad".⁶

Ahora bien, la Corte Suprema no cesó en su función correctiva de la LRT con la tríada de históricos fallos referidos, sino que a lo largo de los años 2007 y 2008 ha continuado dictando importantes sentencias prosiguiendo iniciada en la primavera del 2004.

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 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 las sentencias de la Corte Suprema deberá 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.

³ SCHICK, HORACIO, Ley de Riesgos del Trabajo. Análisis Crítico y propuestas, Quorum, 2007, pág. 189.

⁴ MOSSET ITURRASPE, JORGE, *Responsabilidad por daños*, T. I, Rubinzal Culzoni, pág. 109.

⁵ *Ibid.*, pág. 108.

⁶ CSJN, 14.09.2004, "Vizzoti, Carlos Alberto c/ AMSA SA".

III.- La Prevención.-

Frente al escenario reformista aunque no ha de ser objeto de análisis profundo en esta ponencia no puede dejar de mencionarse que las políticas de prevención depositadas en exclusivos criterios privatistas y de mercado han demostrado su ineficacia. La hipótesis de que el interés de las ART en minimizar las prestaciones las iba a tornar eficientes en cuanto a la prevención de los siniestros laborales, no se ha corroborado con los resultados empíricos del funcionamiento del sistema. La subsistencia de un alto nivel de siniestralidad así lo indica.

Es indispensable entonces, el diseño de un nuevo sistema de prevención de los Riesgos Laborales, donde el Estado, en su instancia nacional y provincial reasuma un rol primario, protagónico e insustituible para la aplicación de la Higiene y Seguridad Industrial y sus decretos reglamentarios, así como las Resoluciones de la SRT en esta materia. Por tal motivo debe ser provisto de la infraestructura y los medios necesarios para que esa función sea efectiva. La Justicia del Trabajo y los órganos competentes de la Administración deben propender al efectivo cumplimiento de las normas vigentes sobre prevención.

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.

Finalmente, los trabajadores y sus organizaciones representativas deberán tener derecho a participar en el diseño de las políticas de prevención a través de los Comités de Higiene y Seguridad del Trabajo que deben constituirse en la mayor cantidad de establecimientos posibles, pero en modo alguno deben ser corresponsables del cumplimiento del deber de seguridad, cuyos obligados deben seguir siendo los empleadores y las ART.

IV. La responsabilidad civil en la reforma de la ley.

4.1. La Corte Suprema y la reparación civil de los accidentes laborales.

Con posterioridad al dictado de los fallos “Aquino”⁷, “Díaz”⁸ y “Avilla Juchami”⁹ la Corte Suprema de Justicia de la Nación emitió con fecha del 12 de junio de 2007 un nuevo pronunciamiento en la causa “Llosco”¹⁰ determinando que la víctima de un accidente del trabajo pueda percibir de la Aseguradora de Riesgos del Trabajo (ART) las indemnizaciones tarifadas del sistema de la LRT, sin que ello implique la renuncia a reclamar al empleador la reparación civil, no contemplada en la tarifa, planteando la inconstitucionalidad del artículo 39, párrafo primero, de la LRT.

La Corte en esta importante sentencia señaló -I ratificando y profundizando lo ya dicho en “Aquino”-, que el acogimiento a ciertas disposiciones de la LRT no implica la renuncia tácita a impugnar otros aspectos de la misma norma que contuvieran disposiciones de carácter inconstitucional.

Así señala la Corte que: “un código, una ley o un reglamento pueden contener preceptos nulos que no invalidan el resto del estatuto ni inhabilitan a los interesados

⁷ CSJN, 21/9/2004, “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales SA”.

⁸ CSJN, 7 de marzo de 2006, Recurso de hecho deducido por la actora en la causa “Díaz, Timoteo Filiberto c/ Vaspia SA”.

⁹ CSJN, Recurso de Hechos, 28 de marzo de 2006. “Avila Juchani, Nicolás Urbano c/ Decsa SRL y otros”.

¹⁰ CSJN, 12/06/2007, “Llosco, Raúl c/ Iirmi SA”, L. 334. XXXIX. Recurso de Hecho.

para amparar en éstos sus pretensiones, salvo que entre unos y otros exista interdependencia o solidaridad inexcusable". (Fallos: 175:262, 267)

Precisamente en este caso señaló la Corte que no se presenta este vínculo que determina la aplicación de la llamada doctrina de los actos propios, que es la que sostiene que "el voluntario sometimiento, sin reserva expresa, a un régimen jurídico, a una decisión judicial o a una determinada jurisdicción, comporta un inequívoco acatamiento que fija la improcedencia de impugnación posterior con base constitucional". (Considerando 7º)

La Corte sostiene la inaplicabilidad de la doctrina de los actos propios, por entender que la percepción de la indemnización tarifada adeudada por la ART no obsta al cuestionamiento constitucional al artículo 39, párrafo primero, de la LRT en cuando impide reclamar, no ya a la aseguradora por la indemnización satisfecha, sino al empleador responsable por los demás daños civiles sufridos y no contemplados en la tarifa.

Así se señala que "al seguir el trámite previsto por la LRT para obtener la indemnización por incapacidad permanente que ésta le reconoce y, aun, al percibir el importe correspondiente, no hizo otra cosa que ejercer el derecho que le asistía en el mencionado marco legal y frente a la responsable de la prestación, esto es, la aseguradora de riesgos del trabajo. (Considerando cuarto)

El trabajador sólo se sometió a las normas que determinaban la reparación de los daños de acuerdo al sistema, pero eso no significaba someterse a otras disposiciones de la misma ley porque entre ellas no existe "interdependencia o solidaridad inexcusable" criterio que fuera referido en el precedente "Cubas" de la misma Corte Suprema.¹¹

Por estos fundamentos la Corte Suprema, revocó la sentencia del Superior Tribunal de Justicia de Jujuy, el que sobre la base de la doctrina de los actos propios había decidido que el sometimiento voluntario al régimen administrativo de la LRT y la percepción de las indemnizaciones tarifadas del sistema, implicaban un acatamiento inequívoco que impedía su impugnación posterior con sustento constitucional.

La decisión de la Corte Suprema en "Losco" se ajusta al diseño legal de la LRT, con las correcciones dispuestas en el caso "Aquino", ya que el trabajador conforme las pautas de la ley 24.557 puede percibir sin reserva alguna lo adeudado por la ART, no pudiendo considerarse que ello implique una exoneración de responsabilidad al dañante, por cuanto la LRT no prevé ninguna opción derivada de ello y el trabajador siempre tiene derecho a las prestaciones.¹²

Debe recordarse que en la causa "Aquino" la Corte Suprema deja expresamente claro que la declaración de inconstitucionalidad del artículo 39 de la LRT no implica la censura de todo el régimen legal y que por lo tanto subsisten las demás obligaciones que la LRT pone en cabeza de las ART, en especial, el otorgamiento de las prestaciones dinerarias y en especie.

A diferencia de los regímenes legales preexistentes, el de la ley 24.557 no establece respecto de la responsabilidad civil el criterio de "opción con renuncia", sino el de "cúmulo", el cual significa que las prestaciones dinerarias se consideran 'a cuenta' de las que emerjan de la reparación civil que pudiera corresponder al trabajador por el hecho de su empleador o de un tercero, es decir se acumulan ambas indemnizaciones.

Claro está, que existía una trampa legal en el régimen originario y es que no había una real posibilidad de acceder a la reparación integral -en el estrecho marco de la ley- por

¹¹ CSJN:"Cubas, Pablo c/ Reyes Francisco y otros". Sentencia del 3.07.1936, Fallos 175:362, J.A. 55-9.

¹² Sobre otros comentarios de lo decidido por la Corte Suprema en la causa "Aquino" y en "Díaz c/ Vaspia" ver lo expuesto en Schick Horacio, Ley de Riesgos del Trabajo, Análisis Crítico y propuestas, Editorial Quórum. pp. 69 a 84

cuanto no se daba en el mundo del trabajo, el supuesto del artículo 1072 del Código Civil, al que refiere el párrafo primero del artículo 39 de la LRT.

Sin embargo, una vez declarada la inconstitucionalidad de este apartado primero del artículo 39, en el ya referido caso "Aquino" no existe obstáculo legal que inhiba al trabajador a percibir las prestaciones de la ley y luego accionar en procura de la reparación integral.

A su vez, el artículo 11, apartado primero, de la LRT establece taxativamente que las "prestaciones dinerarias de esta ley son irrenunciables". Se trata de un refuerzo de la regla de irrenunciabilidad establecida en el artículo 12 de la LCT, implicando la nulidad absoluta de todo acuerdo de las partes que suprima o reduzca los derechos reconocidos por la norma.

Como se ha visto en el caso "Losco" la Corte Suprema ha establecido los claros límites que tiene la aplicación de la doctrina de los actos propios al derecho laboral y especialmente en materia de accidentes del trabajo.

Pero también ha aclarado definitivamente la relación existente entre la acción fundada en el derecho civil, encaminada a obtener la reparación integral y la acción sistémica dirigida a percibir las prestaciones dinerarias de la LRT. En este sentido ha quedado definitivamente consagrado el modelo de acumulación entre ambas acciones.

Así, de la línea de los fallos "Aquino" y "Losco" se desprende que el trabajador que haya sufrido daños no resarcidos por la ART, por no estar contemplados en el referido subsistema, puede demandar al empleador ese plusperjuicio. Pero ese modo de presentar las cosas soslaya que, aceptada ahora la inconstitucionalidad del artículo 39.1, nada impide a la víctima accionar directamente contra el dañador en procura de la reparación integral o, dicho de otra manera, nada lo obliga a que previamente deba intentar el cobro de la tarifa contra la aseguradora. De suerte que queda habilitada, activamente, una suerte de doble vía configurada por dos pretensiones distintas, cada una con fundamentos autónomos y dirigidos contra diferentes deudores. Cuando la Corte sostiene en "Losco" que no existe "interdependencia ni solidaridad inexcusable" entre ambas posibilidades, ni entre las normas que respectivamente las regulan, tiene a la mira esa autonomía genética y funcional.¹³

De acuerdo a la última posición de la Corte Suprema en la causa "Avila Juchami", parece como mayoritaria dentro del superior Tribunal la posición que considera que la limitación del artículo 39, párrafo primero, de la LRT constituye una inconstitucionalidad absoluta, lo que determina la sola demostración de los presupuestos de la responsabilidad civil, para la admisibilidad de la reparación integral.

En conclusión, existen varios escenarios posibles, todos válidos. El trabajador puede demandar civilmente al empleador planteando la inconstitucionalidad del artículo 39, párrafo primero, de la LRT sin perjuicio de reclamar por la vía sistémica a la ART, en forma previa o simultánea, el cobro de las indemnizaciones tarifadas de la LRT.

Pero también, en virtud de la doctrina de la Corte Suprema en los casos "Castillo", "Venialgo" y "Marchetti", puede acumular en la misma acción judicial laboral contra el empleador la dirigida contra la ART para la percepción de las llamadas prestaciones dinerarias de la ley.

En ambos supuestos está claro que del resarcimiento integral se deberán descontar las prestaciones dinerarias a las que fuera condenada la ART.

Sin embargo, en estos casos sólo cabe deducir las emergentes de la incapacidad definitiva permanente abonadas por la ART y no las prestaciones dinerarias de carácter provisorias, ni las provenientes de la incapacidad laboral temporaria y mucho menos las valoradas en especie, como se referirá más adelante.

¹³ MACHADO, JOSÉ DANIEL, "La Corte limita el alcance de la doctrina de los 'Actos Propios' en materia de Accidentes de Trabajo", *Jurisprudencia anotada*, Rubinzal - Culzoni editores.

4.2 La Opción.

Con esta serie de fallos queda sepultado el conocido criterio reformista de la ley, que respecto a la responsabilidad civil del empleador, planteaba la llamada “**opción con renuncia**”, que obligaba a elegir al damnificado entre la reparación tarifada o la emergente del derecho común, de tal modo que si percibía la primera, abdicaba del derecho a poder plantear la segunda.

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.

En la hipótesis de eximirse, a los empleadores de toda responsabilidad civil, en virtud de la elección con renuncia del damnificado se consagra una excepción de personas, solo por su modo de participación en el proceso productivo, con franca trasgresión del principio de igualdad ante la ley (art. 16, CN).

De adoptarse este criterio implicaría un retroceso respecto del escenario jurisprudencial actual, 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.

Mientras la Corte Suprema sostuvo en “Aquino” que además de la reparación civil seguían subsistentes todas las obligaciones de las ART, la propuesta de un régimen de accidentes estableciendo una opción con renuncia le impide al trabajador percibir la reparación tarifada y 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.¹⁴

Es más, se puede afirmar que en el ámbito del Derecho Civil más ortodoxo, se podría justificar que los trabajadores tuvieran una indemnización superior a los restantes habitantes, sin recurrir al art. 14 bis de la Constitución nacional, porque para los dependientes la capacidad laboral lo es todo y el daño a la salud adquiere una trascendencia distinta, ya que solo cuentan con su fuerza de trabajo para participar del proceso productivo y obtener como sustento la remuneración alimentaria.¹⁵

Surge diafanamente 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 concurran los presupuestos de la responsabilidad civil.¹⁶

4.3. Irresponsabilidad del empleador en cumplir las normas de seguridad.

El régimen de opción determina que el empleador no está obligado a asumir responsabilidad personal alguna frente a la víctima cuando desatiende las normas de

¹⁴ RODRÍGUEZ MANCINI, JORGE, “Acciones habilitadas a partir de la inconstitucionalidad”, en *Riesgos del Trabajo*, dir. por Jorge Rodríguez Mancini y Ricardo Foglia, p. 697, Editorial La Ley.

¹⁵ ÁLVAREZ, EDUARDO, “El fallo Aquino: El esperado retorno de la seriedad científica a la Argentina”, *Revista de Derecho Laboral, Ley de Riesgos del Trabajo*, n°2, p. 159.

¹⁶ SCHICK, *op. cit.*, pp. 166 y siguientes.

seguridad. Es similar al cuestionado artículo 39, párrafo primero, de la ley vigente. En la doctrina del Derecho Civil aun para quienes admiten un límite cuantitativo -que en la materia se traduciría en las indemnizaciones tarifadas- éste debe restringirse a los casos de responsabilidad objetiva. Es decir, casos que no pueden preverse pero que igualmente deben ser reparados por el sistema.

Pero la mayor cantidad de infortunios son atribuibles a la culpa del empleador por incumplimiento de las normas sobre higiene y seguridad en el trabajo. Son supuestos de daños que pudieron preverse y no se previeron, se podrían haber evitado y no se han evitado. En la culpa siempre se recae en un defecto de conducta, por falta de previsión o de precaución, ya sea por imprudencia, torpeza negligencia o desatención.¹⁷

La tarifa en consecuencia cubre límites mínimos por los llamados riesgos de actividad, pero en los demás casos, cuando la violación de las disposiciones legales es demostrable y es factor causal del infortunio, el responsable debe responder ante el damnificado por sus propias conductas. Es inadmisibles entonces que tengan igual trato las responsabilidades objetiva y subjetiva. Los topes cuantitativos de las indemnizaciones se ciñen exclusivamente a la responsabilidad objetiva, o sea por riesgo de desarrollo o actividad y nunca a los supuestos de dolo o culpa. La justificación que sólo admite el límite en las indemnizaciones de responsabilidad objetiva tiene un claro e innegable trasfondo ético, porque no es posible tratar de igual manera al que dañó a otro sin incurrir en incumplimiento alguno ni en negligencia reprochable por el sólo riesgo de su actividad, y al que produjo un perjuicio por su objetiva ilicitud, por su culpa, por el incumplimiento de las normas que se tornan exigibles, en atención a las circunstancias de persona tiempo y lugar para no dañar (doctrina art. 512 y cctes. Código Civil).¹⁸

Cuando se diluye el costo de la reparación, al punto de liberar al dañante de sus responsabilidades por culpa, se corre el peligro de promover una conducta empresarial irresponsable. Si así sucede por lógica consecuencia aumenta sensiblemente la accidentabilidad.

La dispensa de una conducta negligente, descuidada e imprudente del obligado atenta contra el concepto mismo de obligación. Si desde el principio se asegura al deudor que cualquiera sea la magnitud de su indolencia no se lo hará responsable, el vínculo obligatorio pierde seriedad, dándole carta blanca al obligado, excusándolo "ab initio" de manera que sea una verdadera invitación al incumplimiento.

En definitiva, en ningún caso, es constitucionalmente aceptable que se combine tarifación, con eximición de culpa subjetiva (art. 1109 C. Civil).

4.4. Cúmulo total.

Existe otra propuesta sobre el tema de la responsabilidad civil del empleador emanada del Ministerio de Trabajo de la Nación, según versiones periódicas no desmentidas al elaborarse esta ponencia, que en principio coincide con la doctrina emanada de la Corte Suprema en los casos "Aquino" y "Llosco". Se admite en la misma, que la percepción de las prestaciones de la ley especial no implica renuncia de los damnificados a reclamar judicialmente los demás daños que estime se le adeude reparar.

Sin embargo esta propuesta aparece fuertemente deslucida por cuanto se plantea la

¹⁷ Álvarez, Eduardo, "La Responsabilidad Civil, Validez Constitucional del art. 39 de la LRT", Revista de Derecho Laboral, 2001-2, Ley de Riesgos del Trabajo-I, 164 y 165.

¹⁸ Álvarez, Eduardo, "La Responsabilidad Civil, Validez Constitucional del art. 39 de la LRT", Revista de Derecho Laboral, 2001-2, Ley de Riesgos del Trabajo-I, 164 y 165.

deducción de las indemnizaciones civiles por la reparación integral de las prestaciones por incapacidad laboral temporaria; la cuantificación de las prestaciones en especie otorgadas y a otorgar y la gran invalidez.

También se plantea la deducción de las indemnizaciones tarifadas por incapacidad laboral permanente definitiva o la muerte, lo que es correcto, ya que corresponden al primer tramo de la reparación y se remite al menoscabo de la capacidad productiva que el daño le produce al trabajador.

La disidencia es respecto a la proyectada deducción de los demás rubros referidos en el anteproyecto porque constituyen una forma de envilecimiento de la reparación integral.

La valuación arbitraria de las prestaciones en especie puede convertir en irrisoria la indemnización resultante.

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.

Por otra parte, 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.

Estas prestaciones en especie como son 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.

Así lo dice textualmente el Juez Dr. Miguel Ángel Pirolo con la adhesión del segundo vocal Dr. Miguel Ángel Maza en una reciente sentencia que con referencia al agravio en torno de la deducción que el "a quo" ordena respecto de las prestaciones otorgadas por las ART señala textualmente: "En cuanto a las prestaciones en especie habida cuenta que no son susceptibles de ser consideradas como parte de reparación dineraria integral que se reclama en estos autos, estimo que no deben ser deducidas del importe de condena".¹⁹

Hay que destacar que dentro del rubro daño emergente en la reparación integral de un daño, el Código Civil reconoce el derecho al pago "de todos los gastos de curación y convalecencia" (Art. 1086 del Código Civil). Quedan incluidos en este rubro los gastos de internación, intervenciones quirúrgicas, honorarios médicos, asistencia psicológica, terapia física y también todos los desembolsos que sean necesarios para cumplir con al finalidad curativa y de rehabilitación del lesionado. Estos gastos constituyen un típico daño emergente, Pueden ser pasados, actuales o futuros.

También la víctima tiene un crédito a los aparatos de prótesis y ortopedia que sirven para suplir la falta de órganos afectados como consecuencia del accidente. También corresponde la renovación de esos aparatos cuando su uso normal así lo requiera.

Ahora bien, en el marco del contrato de trabajo, la LRT determina que estas prestaciones, específicamente reguladas, están a cargo de la ART. De modo que el trabajador en el juicio civil no reclama la reparación de este daño ya satisfecho por la aseguradora.

En consecuencia no parece corresponder la deducción de los otros daños emergentes, planteados en una demanda judicial, ni tampoco del lucro cesante, el daño moral o el daño psíquico ya que estos son rubros independientes de las prestaciones en especie. Esta posición carece de todo fundamento jurídico.

¹⁹ CNAT, sala II, 27.03.2008, "Lojko Francisco c/ Monarfil S.A. s/ Indemnización acción civil y Art. 212".

Distinto sería el caso de que el trabajador reclamara la provisión de algunas de las prestaciones en especie fijadas en el artículo 20 de la LRT. Sólo en ese supuesto cabría la deducción de rubros equivalentes.

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 más 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 está 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.

4.5. Rubros indemnizatorios que integran la reparación civil

Cuando se resarce patrimonialmente un daño físico, si bien a primera vista es la protección del ingreso de la víctima, tratando de evitar que no deje de ganar como habitualmente lo hacía. Sin embargo estos bienes no son los que inmediatamente tutela el Derecho sino que resultan garantizados como consecuencia de que primero hubo un agravio a la salud del individuo. De modo que el bien jurídico protegido es la salud como integridad psicofísica. El derecho resarce la incapacidad profesional que es la pérdida de aptitud para seguir percibiendo el mismo ingreso por no poder seguir desempeñando la misma ocupación que se ejercía anteriormente. Pero también resarce la invalidez general que es la pérdida de la capacidad de aprovechar cualquiera de las oportunidades que ofrece el mercado de empleo, aunque se esté dispuesto a cambiar de ocupación y aceptar un nivel profesional más bajo.

Estamos hablando en estos casos del daño emergente o daño actual, es decir de los daños patrimoniales que sufre la víctima a consecuencia del accidente.

El daño futuro, es el lucro cesante que implica la pérdida de provecho, ganancias, utilidades, beneficios.

El artículo 519 del Código Civil menciona el daño nacido de la "utilidad que haya dejado de percibir el acreedor de la obligación"; el artículo 1067 alude al daño que puede causar y el artículo 1069 del Código Civil lo define como "la pérdida de ganancia a la que fue privado el damnificado por el acto ilícito. Es decir que el resarcimiento por el lucro cesante, cubre la pérdida de la utilidad o ganancia esperada, por la suficiente probabilidad de sobrevenir. Pero también cubre el riesgo de un daño futuro que a lo mejor no ocurre jamás".

En consecuencia corresponde computar todas las pérdidas de ingresos, y no solo las

del empleo en que ocurrió el siniestro, siempre que exista un nexo de causalidad entre la pérdida y el hecho ilícito. (Artículo 1086 del Código Civil).

Con relación a las pérdidas de ganancias pasadas rige claramente el principio de reparación plena, y no ofrece mayores dificultades.

En cuanto al cómputo de los ingresos a calcular, no parece razonable limitarlo a la edad jubilatoria sino extenderlo hasta los 75 años que es la vida útil promedio.

Por otra parte es un dato de la realidad que todas las personas que llegan a su jubilación continúan trabajando, circunstancia de la que también se verá privado el discapacitado.

El daño físico trae aparejado en la mayoría de los casos una pérdida de chance. Tal es el supuesto del obrero que no puede ascender de categoría, el profesional que no puede obtener una mejor clientela o el estudiante que no puede obtener su título. Todo ello sucede a consecuencia de las lesiones sufridas en el siniestro.

También existen lesiones físicas de repercusión patrimonial indirecta que eran tradicionalmente morales y que hoy adquieren ciudadanía en el ámbito patrimonial. Por ejemplo la depresión tiene una repercusión laboral, el daño estético puede causar un perjuicio patrimonial a quien usa su imagen en su labor o a cualquier otra persona. También el daño sexual como la pérdida de un testículo a edad temprana, puede influir en el desarrollo corpóreo, en la estabilidad psíquica y la capacidad de resistencia física propiamente viril y ello naturalmente en sus posibilidades de triunfo social.

Integra el resarcimiento la indemnización por daño moral, que es extrapatrimonial y tiene por finalidad reparar los padecimientos físicos y espirituales, los sufrimientos experimentados, las angustias derivadas de la incertidumbre sobre el grado de restablecimiento, la lesión a las afecciones; extremos que evidencian el carácter resarcitorio que se le asigna a esta indemnización.

El daño moral tiene por objeto reparar el quebranto que supone la privación o disminución de aquellos bienes que tienen un valor precioso en la vida del hombre, y que son la paz, la tranquilidad espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor, los más sagrados afectos, entre otros .

En cuanto al daño moral, caber reiterar que su ponderación es totalmente independiente del cálculo y del monto de la condena por daño material.

Según el Profesor Mariano N. Castex puede hablarse de daño psíquico en una persona, cuando esta presenta un deterioro, una disfunción, un disturbio o trastorno, o desarrollo psicogénico o psico-orgánico que, afectando sus esferas afectiva y/o intelectual y/o volitiva, limita su capacidad al goce individual, familiar laboral, social y/o recreativa, siendo oportuno tener presente que cada ser humano tiene su peculiar campo de "tarea" y/o cualquier "quehacer vital" o -también - "capacidad de goce", diferenciándose éste de las demás personas, no solo en su extensión, sino también en cuanto a su comprensión, término este que, en lógica menor -conforme lo propone el diccionario de la lengua de castilla en su segunda acepción-, implica al "conjunto de cualidades que integran una idea o concepto".

También el siniestro puede producir un daño psicobiológico al producir un acortamiento de la vida, como lo ha comprobado la estadística médica en numerosos casos de lesiones graves. Este sería un daño moral, pero también material puesto que al reducirse la vida también impide obtener lucros durante de ese lapso de vida.

Como puede verificarse en esta breve descripción de las distintas especies de daños que la doctrina clasifica genéricamente como daño emergente, lucro cesante y daño moral, existen una amplia gama de perjuicios que sufren los damnificados y que por lo tanto pueden reclamarse en una acción civil a consecuencia de un accidente del trabajo.

Dentro de estos daños están incluidos la incapacidad laboral temporaria, una mensualidad por invalidez y los gastos médicos farmacéuticos, médicos y ortopédicos. Pero es evidente que si estos rubros ya han sido satisfechos por la ART -como obligación legal impuesta por la LRT- el accidentado no los reclama en la acción civil.

hschick@estudioschick.com.ar

info@estudioschick.com.ar

www.estudioschick.com.ar

Consecuentemente, no existe fundamento para que en la sentencia condenatoria de la reparación integral, se deduzcan los importes de otros daños que si deben ser reparados y no están satisfechos por la tarifa, ni por la ART.

La falta de equivalencia en la deducción configuraría un nuevo supuesto de inconstitucionalidad al reducirse sin fundamento la reparación integral.

4.6. Lo dicho por la Corte Suprema en materia de reparación civil

Cabe recordar en este sentido que la Corte Suprema ha señalado en sucesivos pronunciamientos que cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas en forma permanente debe ser objeto de reparación al margen de lo que pueda corresponder por el menoscabo laborativo y por el daño moral pues la integridad física tiene por sí misma un valor indemnizable y su lesión comprende además que aquella actividad económica diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, cultural social con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida.

Así el Máximo Tribunal en el caso “Aquino” señaló que resultaba inconstitucional una indemnización que no fuera “justa”, puesto que: “indemnizar es eximir de todo daño y perjuicio mediante un cabal resarcimiento”, lo cual no se logra “si el daño o el perjuicio subsisten en cualquier medida” (Fallos 268:112,114, considerando 4º y 5º) [citado en el considerando 4to. del voto de los Ministros Petracchi y Zaffaroni]; y que: “[...] Más aún, la incapacidad 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 caso “Arostegui” la Corte ratificó y profundizó los criterios anteriores en el sentido que deben repararse todos los daños sufridos por la víctima sin ataduras a formulas matemáticas reduccionistas de las indemnizaciones. 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 mayoría).

Como puede verificarse, todos estos daños no se refieren a la ILTemporaria, las prestaciones en especie, ni la asistencia por gran invalidez, que el sistema pone en todos los casos a cargo de la ART.

De tal modo que en la medida que la aseguradora cumpla con estas obligaciones legales, no corresponde su reclamo en el juicio civil y, consecuentemente, tampoco su deducción de los demás daños cuyo resarcimiento se condena en esa instancia.

V.- Las enfermedades laborales en la reforma de la LRT.

5.1 Marco Internacional.

En la experiencia internacional a la hora de establecer una definición de enfermedad profesional caben tres alternativas. La primera es la definición abierta: se define como enfermedad profesional «toda aquella provocada por el trabajo». Esta alternativa tiene un grado de flexibilidad y, para reconocer una enfermedad profesional debe demostrarse que el trabajador está enfermo, que está expuesto a un agente capaz de

causar la enfermedad y que realmente existe esa relación de causalidad (teniendo en cuenta las condiciones concretas del puesto de trabajo).

La segunda alternativa consiste en establecer una lista de enfermedades profesionales asociadas, cada una de ellas, a la exposición a un determinado «agente causal». Si se produce la exposición y la enfermedad, se presupone que la primera es causa de la segunda. Esta alternativa facilita el reconocimiento como enfermedad profesional de las enfermedades incluidas en la lista, pero cualquier enfermedad excluida de la lista no será considerada como profesional, aunque tenga origen laboral (con los inconvenientes que ello puede suponer para el trabajador afectado).

La tercera —y mejor— alternativa es el establecimiento del denominado sistema mixto: una lista de enfermedades profesionales completada con una definición abierta, que permita el reconocimiento de las enfermedades excluidas de la lista, si se prueba su origen laboral. La mayoría de los países de la UE tienen ya este sistema, siguiendo la Recomendación de la Comisión Europea de 1991 sobre esta materia, y coinciden también en considerar como profesionales, a efectos de reparación, las enfermedades que no tengan un origen exclusivamente laboral pero que hayan sido agravadas por el trabajo (en caso de que esto pueda probarse). En el 2003 la Comisión Europea elaboró una nueva Recomendación que no solo incluye una nueva y doble lista de EEPP (enfermedades «profesionales» y enfermedades «sospechosas de serlo»), sino que establece además diez «recomendaciones básicas» para su prevención, reconocimiento y reparación.²⁰

La O.I.T. en el artículo 8vo. del Convenio 121, establece que en caso de establecerse en la legislación nacional un listado en el que se establezca el presunto origen profesional de ciertas enfermedades, se debería permitir la prueba del origen profesional de otras enfermedades o de las enfermedades incluidas en la lista cuando se manifiesten en condiciones diferentes de aquellas en que se haya establecido su presunto origen profesional.

5.2. Las enfermedades en la LRT.

Los redactores de la LRT eligieron la segunda opción referida, la más restrictiva. A su vez esta opción implicó retroceder a la postura inicial de la ley 9688 en el año 1915, al enumerar cada una de las enfermedades que son considerables profesionales las que se registraron en un listado cerrado.

Esta metodología también desconocía toda la evolución legislativa, jurisprudencial y doctrinaria, ocurrida durante más de 80 años antes de la sanción de la LRT.

En este sentido el Art. 6 de la LRT estableció aplicando un criterio hermético, rígido y autosuficiente, que solo son enfermedades profesionales aquellas que se encuentran incluidas en el listado que elabora y revisa el Poder Ejecutivo Nacional anualmente conforme al procedimiento del art. 40, ap. 3.

El listado fue aprobado por el decreto 658/96 y sólo fue modificado en una oportunidad por el Decreto 1167/2003, que incluyó el Hantavirus y el Mal de Chagas.

El listado identifica al agente de riesgo, los cuadros clínicos y actividades, con capacidad para determinar por sí la enfermedad profesional. Las enfermedades no incluidas en el listado, dice la norma, no serán consideradas resarcibles.

La vocación restrictiva se acentúa porque el referido art. 40, ap. 3, LRT, establece que el listado de enfermedades profesionales deberá confeccionarse teniendo en cuenta la causa directa de la enfermedad en relación con las tareas cumplidas por el trabajador

²⁰ Castella José Luis y Castejon Vilela, Emilio, “Aseguramiento y prevención de los riesgos del trabajo” [capítulo 12], en: BENAVIDES, FERNANDO G., RUIZ-FRUTOS, CARLOS Y GARCÍA, ANA M. Salud laboral. conceptos y técnicas para la prevención de los riesgos laborales, <http://www.srt.gov.ar>.

y por las condiciones del medio ambiente de trabajo.

La enfermedad no solo tiene que estar en el listado sino que también tiene que estar vinculada al agente de riesgo (químico, físico o biológico) que la provocó o a la actividad en la que ella se produjo.

La LRT adoptó el criterio altamente restrictivo del listado cerrado de triple columna, para identificar y reparar a las enfermedades profesionales.

También ha sido señalado que la lista confeccionada por el PEN prevé una causa de la afección y el efecto, pero no tiene en cuenta que una causa puede producir muchos efectos, es decir, que distintas condiciones de trabajo (forma de prestar las tareas, mecánica laborativa y ambiente laboral) pueden provocar diversos efectos sobre la salud del trabajador.

Por ende, por un lado hay enfermedades no incluidas, y por otro, las que están incluidas no lo están en cualquier relación causal, sino en una relación causal única y predeterminada. Como se ha dicho, muchas de las patologías reclamadas por los trabajadores y que en realidad se vinculan causalmente con el trabajo desarrollado, quedaron fuera del listado cerrado de triple columna²¹.

Esta función legislativa impropia del Poder Ejecutivo se convirtió en absurdo por cuanto han quedado fuera del listado, numerosas enfermedades que con anterioridad tenían amparo legal y jurisprudencial²²

Esta situación motivó fuertes cuestionamientos al Régimen de Riesgos del Trabajo que intentó ser revertido con el dictado con el Decreto de Necesidad y Urgencia Nro. 1278/00, no produjo una solución a la cuestión por cuanto la inclusión de otras enfermedades se limita al caso individual, y porque las condiciones de admisibilidad son altamente restrictivas y se limitan a aquellas “provocadas por causa directa e inmediata de la ejecución del trabajo, excluyendo la influencia de los factores atribuibles al trabajador o ajenos al trabajo (Art. 6 ap. 2, inc. b, primer párrafo)

5.3. Reparación extrasistémica. El caso Silva de la CSJN

Frente al criterio del listado cerrado de las enfermedades profesionales existía un sector, minoritario de la doctrina, que aseveraba que el de la LRT era un sistema cerrado que no permitía fugas hacia otros esquemas reparatorios. ²³

Esta postura valora la previsibilidad del sistema en orden a los costos de reparación y su aseguramiento, propiciando reglas taxativas que determinen en el pasado que daños tendrán reparación excluyendo otros no previstos en la norma.²⁴

Otro sector haciendo una lectura literal de la norma afirmaba que la única salida era la

²¹ Grisolia, Julio Armando, Ponencia oficial. Cuestiones constitucionales en la Ley de Riesgos del Trabajo. Jornadas Nacionales de Riesgos del Trabajo, Villa María, Córdoba, 16/18 de marzo de 2000.

²² Con relación al listado no figuran las várices. No está contemplada la relación entre altas temperaturas y las enfermedades renales; se excluyen las hernias abdominales, inguinales, de disco y las eventraciones, que quedarían solo limitadas a secuelas de accidentes del trabajo. Quedaron también excluidas del listado, las afecciones columnarias en general. La espondiloartrosis en la columna lumbar se admite solo por vibraciones del transporte automotor de pasajeros. El estrés está previsto únicamente como secuela postraumática de un accidente del trabajo, con un exiguo porcentaje de incapacidad (0 a 10%), ignorándose toda la elaboración jurisprudencial que ciertas actividades producen como ser el caso del conductor de transporte público de pasajeros, el periodista, y en general, las originadas por un ambiente laboral de excesiva presión, responsabilidad y tensión psíquica sobre el dependiente.

²³. Giordano, Osvaldo, Torres, Alejandra y Bettiol, Mara. Riesgos del Trabajo, La modernización de las instituciones laborales en la Argentina, Buenos Aires: Fundación del Trabajo, 1996, T. I, p. 92.

²⁴ Tosto Gabriel, en Riesgos del Trabajo, dirigida por Jorge Rodríguez Manzini y Ricardo Foglia, Capítulo 8vo. Contingencias, página 370

declaración de inconstitucionalidad del artículo 6to de la LRT, en la medida que impedía sin fundamento a que se repare el daño que es imputable a otra persona. 25 26.

Diferenciada de estas dos posiciones se fue abriendo paso una corriente doctrinaria y jurisprudencial que resultó mayoritaria, que afirmaba que una consecuencia no querida ni prevista por los autores de la LRT, fue que las enfermedades no contempladas en el listado cerrado, pero que guardaran nexo causal con las tareas cumplidas para las obligadas, igualmente serían resarcibles aunque por fuera del sistema de la Ley 24.557, a través del derecho común.

De lo contrario se afirmaba que se produciría una verdadera autorización a los empleadores para dañar, en abierta conculcación con el referido art. 19 de la Constitución Nacional. Como contrapartida se produciría el contrasentido que el daño, al no ser reparado, sería absorbido por la víctima del siniestro. 27

La expresión legal con respecto a que las enfermedades no contempladas en el listado o los hechos no incluidos en la categoría de súbitos y violentos del art. 6, no serán resarcidos por las prestaciones de la ley de Riesgos del Trabajo, solo tiene virtualidad dentro del estrecho marco legal.

En este caso, la reparación de los daños extrasistémicos, fundado en la responsabilidad extracontractual, no emerge de un incumplimiento convencional, sino de la omisión de una obligación legal, preexistente al contrato entre la víctima y el empleador.

La Corte Suprema en el caso Silva ²⁸ cerró definitivamente el debate al sentar por mayoría la doctrina de "aunque una enfermedad laboral no esté incluida en el listado de enfermedades de la LRT confeccionado por el P.E.N., si se demuestra que dicha enfermedad esta vinculada causalmente a la actividad laborativa, corresponde la indemnización en base a las disposiciones del derecho Civil".

Es decir que las enfermedades no incluidas en el listado cerrado del artículo 6 de la LRT, igualmente debían ser reparadas, ya no en base a las disposiciones de la LRT, sino en base al derecho civil, en la medida que se comprobara que existe un nexo de causalidad adecuado entre el daño sufrido y la actividad laborativa desempeñada a favor de la empleadora.

Así la Corte Suprema en su voto mayoritario sostuvo que "La cámara rechazó la demanda por aplicación de la Ley de Riesgos del Trabajo sin advertir que la acción se fundó en el derecho civil". En virtud de esta falsa premisa, resolvió que debía aplicarse el sistema de numerus clausus en cuanto a las enfermedades resarcibles, en el que no

²⁵ Vazquez Vialard, Antonio, Aspectos fundamentales de la Ley sobre Riesgos del Trabajo, T y SS 1995-744.

²⁶ Este criterio fue el adoptado por el Tribunal de Trabajo Nro 5 de Quilmes en el caso Yaman Gabriel R. c/ Dupont Argentino s/daños y Perjuicios fallado por la SCJBA, 11.05.05, Expte 81.826, tema que, cabe aclarar no fue objeto de tratamiento por Corte Provincial, porque no fue apelado

²⁷ C.N.A.T., Sala I, Sentencia Nro. 79.784, 30.08.02, "Sandoval Eyzaguirre, Juan de la Cruz c/Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/Accidente"; C.N.A.T., Sala X, en la sentencia N° 9.231, del 26.02.2001, "Fernández, Hipólito c/Tecnucon S.A. y otro s/Accidente"; CNAT Sala X, el 20.11.2002, "Pérez, Arturo Nepomuceno c/Grinfa S.A."; C.N.A.T., Sala VII, "Rial, José María c/ Decker Indelqui S.A. y Otros s/ Accidente- Acción Civil" Expte N° 18.170/99, sentencia N° 36.039 del 18 de marzo de 2002; C.N.A.T. Sala IX, Sentencia N° 9585/02. del 4/4/2002, Expte. N° 8.532/99, autos: "Perrino, Juan c/Guillermo Decker S.A. s/Accidente -Acción civil". C.N.A.T., Sala VI, autos: "Fernández, José Ernesto c/Decker S.A. S/Accidente Acción Civil", 26 de marzo de 2.001, Dictamen Nro 33229, 15.02.2002, del Fiscal General de Trabajo, en los autos caratulados: "Bilbao Beatriz Higinia c/ Instituto Caip S.R.L. s/ Despido".

²⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS) ~ 2007/12/18 ~ Recurso de Hecho, Silva, Facundo Jesús c. Unilever de Argentina S.A.

estaba contemplada la situación del actor... Desde esta forma rechaza y repugna la base de sustentación de cuerpo normativo de riesgos del trabajo, al considerar que no resarcir las enfermedades que no están en el listado —más allá de que reconozcan, en el caso puntual, nexo causal con el factor laboral—, contradice un precepto constitucional ya que el legislador no puede establecer normas que violenten el principio de no dañar consagrado en el art. 19 de la Carta Magna....Para la procedencia de la acción del derecho común debe probarse la existencia de los presupuestos de la responsabilidad civil. Por lo tanto si se demuestra que una enfermedad esta vinculada causalmente a un hecho antijurídico, la acción procede con independencia del listado que prevea la ley de riesgos del trabajo, que obedece a un régimen especial, diferente del derecho común...".

En este sentido, no sólo cabría la acción —siempre que se logre probar el nexo causal—, de la enfermedad profesional que no se encuentre en el listado que regula la Ley de Riesgos del Trabajo, sino también en el caso de agravamiento de las existentes, toda vez que las declaradas por el sistema, su agravamiento resulta ser extra-sistémico.

Ello máxime cuando para ello no resulta necesario la declaración de inconstitucionalidad del art. 6 inc. 2 de la Ley 24.557 "...en tanto se persigue la reparación de una enfermedad que no esta comprendida en el listado que debe elaborar y revisar el Poder Ejecutivo, dentro del sistema especial.. (CONSIDERANDO QUINTO voto de la mayoría)".

En base al precedente judicial de la Corte Suprema que se analiza, es que se puede afirmar que la situación jurídica sobre enfermedades laborales, tiene un marco dado por la base del listado y la causalidad que regula la Ley de Riesgos del Trabajo, que sigue siendo taxativo y limitado, y por otro lado tiene un marco de derecho generado por la reparación del derecho común, sobre las enfermedades no contempladas en el listado o sobre los agravamientos de las contempladas.

Esta sentencia de la Corte Suprema zanja definitivamente el debate jurisprudencial en el sentido que las enfermedades no tipificadas como tales por el restrictivo listado confeccionado por Poder Ejecutivo Nacional conforme a las facultades que le otorga la LRT, deben ser igualmente reparadas, aunque ya no en base a las pautas y requisitos de la LRT, sino en base al derecho civil.

El caso "Silva" no solo cuestiona el listado cerrado del Artículo 6to párrafo 2do de la LRT en su versión original, sino que también implícitamente descalifica la supuesta apertura, del Decreto de Necesidad y Urgencia 1278/2000. En efecto el DNU 1278/00 sólo admitía la apertura del listado respecto de la enfermedad que la Comisión Médica Central declare por excepción, como "consecuencia directa e inmediata de la ejecución del trabajo, excluyendo la influencia de los factores constitucionales atribuidos al trabajador o que estén originados por causas ajenas al empleo".²⁹

Para la procedencia de la reparación de los daños laborales en base al derecho común la mayoría de la Corte estableció como único requisito, sin ninguna otra limitación, la existencia de los presupuestos de la responsabilidad civil.

5.4. Las enfermedades y la reforma legal.

Parece necesario en el diseño del capítulo de las enfermedades laborales en la nueva ley de accidentes del trabajo producir un viraje significativo a efectos de recuperar derechos eliminados por la LRT y reinterpretarlos a la luz del nuevo escenario jurisprudencial.

²⁹ Pereyra, Alejandro Fabio, "La Corte Suprema de Justicia de la Nación cierra el ciclo de la inconstitucional ley de riesgos de trabajo", LA LEY 2008-A, 460

Si bien nadie niega la existencia del objetivo primario de la prevención, lo cierto que la reparación de dañosidad laboral por las enfermedades laborales abarca un escenario muy amplio, que fue desdeñado por la LRT, por lo que cabe en la nueva etapa darle la importancia que corresponde a la magnitud del problema

Como se ha visto el listado cerrado actual, tiene el inconveniente que sólo define a un número limitado de enfermedades profesionales dejando de lado muchas afecciones que son también de origen indudablemente laboral.

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

Esto conduce 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 complementado con la disposición a considerar también como profesionales a las afecciones que no se encuentran allí mencionadas, pero que el damnificado tiene la posibilidad de obtener la reparación, si prueba la relación causal entre el daño y las condiciones de empleo.

Es decir, que 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.

Es necesario entonces redefinir las enfermedades laborales, superando el listado cerrado de la ley vigente, 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 fueren 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 a este criterio en caso 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 podrá ser invocada para excluir a 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 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 conocidas, 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 haber sido identificadas en su tipo y grado en el examen preocupacional y hayan sido fehacientemente notificadas al trabajador y a la entidad sindical correspondiente, a los fines de evitar maniobras fraudulentas.

También es recomendable incorporar en la nueva norma la noción de regravamiento que permita, en el caso de las enfermedades progresivas (sida o enfermedades pulmonares por polvo), que los trabajadores puedan actualizar su indemnización conforme a la evolución de su incapacidad. Hoy sólo cobran en función del grado de incapacidad determinado en el momento del examen, aunque luego estas

hschick@estudioschick.com.ar

info@estudioschick.com.ar

www.estudioschick.com.ar

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 para 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 que se cumplan los presupuestos de la responsabilidad civil.

VI. El procedimiento.

6.1 La Jurisprudencia de la Corte Suprema

Las Sentencias dictadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los casos “Castillo”, “Venialgo” y “Marchetti” constituyen un conjunto armónico que determina, la inconstitucionalidad de los artículos 21,22,46 inciso 1ero de la LRT y de las normas y correspondientes del decreto 717/96. En consecuencia surge como doctrina de aplicación para todos los tribunales del país, que las comisiones médicas creadas por la LRT, al constituir organismos de carácter federal, son inconstitucionales y los trabajadores, o los derechohabientes, pueden ocurrir directamente ante los Tribunales del Trabajo para reclamar las prestaciones dinerarias o en especie de la LRT, sin tener que atravesar el laberíntico procedimiento ante las Comisión Médicas.

Estos fallos determinan una instancia superadora de la notable desigualdad que sufren los trabajadores que debían presentarse solos, sin defensa letrada, enfrentando las estructuras de las compañías aseguradoras y sometidos a la decisión de las cuestionadas comisiones médicas y, en caso de disconformidad, recorrer el largo camino ante órganos distantes, federales e inespecíficos como son la Comisión Médica Central o la Cámara Federal de la Seguridad Social.

Otra consecuencia del dictado de esta tríada de fallos es que resulta admisible, en el caso de enfermedades no incluidas en el listado de enfermedades profesionales aprobado por el Decreto 658/96, accionar judicialmente contra la ART por las prestaciones dinerarias del sistema, reclamando la inclusión de la afección para el caso concreto, como enfermedad profesional (conforme artículos 2º y 11 del DNU 1278/2000, que modifica el art. 6º de la LRT y el decreto 410/2001).

Es decir que, al amparo de la nueva jurisprudencia, la Justicia laboral de cada jurisdicción es competente para dirimir la declaración de contingencia cubierta por las prestaciones de la LRT, no debiéndose transitar previamente por las Comisiones Médicas.

6.2 La reforma del Procedimiento.

La Corte ha definido en los tres casos referidos que la materia de accidentes del trabajo es de naturaleza 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, en el diseño del futuro régimen de accidentes del trabajo, sería posible admitir en cada Jurisdicción algún régimen voluntario de Comisiones médicas locales, 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.

Las decisiones de las Comisiones Médicas voluntarias deben 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.

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 Justicia Nacional, 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 artículo 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. No cabe repetir este error.

Es aconsejable que estas comisiones médicas estén constituidas por médicos con estabilidad del empleo público y con dedicación exclusiva para afirmar su independencia.

Asimismo se deberá 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.

Esta propuesta significa que el trabajador 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.

Coincidimos con Oscar Zas en que 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 Derecho Humanos).³⁰

Desde esta perspectiva la imposición de un procedimiento obligatorio previo en materia de infortunios laborales vulnera el derecho al acceso a la justicia que forma parte del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.³¹

El trámite administrativo no se justifica sino como una opción voluntaria del trabajador, ya que las invocadas 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

³⁰ ZAS, Oscar, El procedimiento ante las comisiones médicas del sistema de riesgos del trabajo a la luz de las normas de jerarquía constitucional, *Revista de Derecho Laboral*, 2008, 1 Procedimiento laboral III, p. 264, Editorial Rubinzal Culzoni.

³¹ NESSI, ANDREA, "Las comisiones Médicas y el ejercicio de funciones jurisdiccionales", *Revista de Derecho Laboral*, p. 330. Esta autora, desde otra visión que justifica la actuación de las Comisiones Médicas como instancia administrativa previa, admite sin embargo, la posibilidad de que el trabajador opte por renunciar a esta vía, y acuda directamente a través de una demanda ordinaria, en el supuesto de encontrarse en debate cuestiones de índole jurídica.

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.³²

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.³³

Estas circunstancias determinan que las víctimas de estas enfermedades causadas por el trabajo deban recurrir a la justicia, porque se les ha cerrado completamente el camino sistémico. De tal modo, que una parte significativa de los reclamos judiciales corresponden al resarcimiento de los daños producidos por este tipo de infortunios de orden micro traumáticos. Son los jueces, a través de la aplicación del derecho civil, quienes ordenan resarcir los daños y perjuicios rechazados por las ART y las Comisiones Médicas del sistema, lo que fuera reconocido por la Corte Suprema en el ya analizado caso "Silva"³⁴.

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

³² SCHICK, HORACIO, *Ley de Riesgos del Trabajo, Análisis Crítico y Propuestas*, Buenos Aires: Editorial Quorum, pág. 95

³³ En nuestro país, se reconoce de forma generalizada que el sistema oficial de registro de enfermedades profesionales infravalora en gran medida el verdadero impacto de las enfermedades relacionadas con el trabajo. En este sentido la Superintendencia de Riesgos del Trabajo (SRT) ha mencionado este infraregistro de enfermedades laborales. "Sí, tenemos un subregistro de enfermedades profesionales", admitió Héctor Oscar Verón, cuando era titular de la Superintendencia de Riesgos de Trabajo (SRT) de la Nación, y reconoció que "el 1,7 por ciento registrado en 2005 está muy lejos de la realidad". El funcionario reveló un importante factor por el cual muchas enfermedades laborales no se detectan: "Los exámenes médicos periódicos a los trabajadores, que son obligación de las ART, no se hacen como marca la ley, y no se cumplen las resoluciones de la SRT por las cuales, según los riesgos a que estén expuestos, los trabajadores deben ser revisados una o dos veces cada año". Además durante el años 2006 se denunciaron sólo 12.229 enfermedades profesionales que representa 1,9% del total de casos notificados, que asciende a 635.874 accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, sobre una población cubierta en promedio de 6.647.654 millones de trabajadores. El subdiagnóstico, es para evitar instancias indemnizatorias, lo cual incrementa la "desprotección" de los empleados.

³⁴ CSJN, 18/12/07, expte. 1789/04: "Silva, Facundo Jesús c/ Unilever de Argentina SA s/ Enfermedad - Accidente".

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”.³⁵

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.³⁶

Por último cabe señalar que con posterioridad a la emisión de los pronunciamientos comentados, se ha procedido a la reforma del Manual de Procedimiento ante las Comisiones Médicas mediante el dictado de la Resolución SRT N° 460/08, publicada en el Boletín Oficial el 18 de abril de 2008.

Ha señalado Miguel Angel Maza que esta reforma “en el tercer nivel normativo del régimen procesal de la ley 24.557, sólo parece haber sido evaluada la experiencia nacida del microcosmos administrativo de las comisiones médicas, sin aprovechar las reflexiones, evaluaciones y decisiones que la doctrina y la jurisprudencia han elaborado sobre esta temática, perdiendo una gran oportunidad para tener en cuenta lo acontecido en el mundo jurídico durante los 12 años de vigencia de la ley y procurar así acercar las comisiones médicas y sus procedimientos a las exigencias de la Constitución Nacional”.³⁷

Por estas razones esta reforma contiene dos vicios graves:

a. por un lado, no considera que las declaraciones de inconstitucionalidad dictadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en las causas “Castillo”, “Venialgo” y “Marchetti” han tornado carentes de efectividad las normas derivadas de los artículos 21 y 22 de la LRT, y parece evidente que los conflictos de accidentes de trabajo se

³⁵ SRT, “Riesgos del trabajo. Informe Anual julio 2001 - junio 2002”.

³⁶ NESSI, ANDREA, “Las comisiones Médicas y el ejercicio de funciones jurisdiccionales”, *Revista de Derecho Laboral*, p. 330, hace referencia a estos plazos de duración de los trámites antes las comisiones médicas.

³⁷ MAZA, MIGUEL ÁNGEL, “La derogación de la Res. SRT N° 45/97 y la reforma al Manual de Procedimiento ante las Comisiones Médicas por la Resolución SRT N° 460/08. Un paso más en el barro de la inconstitucionalidad”, *Revista de Derecho Laboral*, Suplemento *Actualidad*, Ed. Rubinzal Culzoni.

derivaran hacia la justicia del trabajo;

b. por el otro, a pesar del reiterado señalamiento de la doctrina y jurisprudencia acerca de la inconveniencia de la ausencia de patrocinio letrado del trabajador cuando se presenta ante las Comisiones Médicas, nada se dice o modifica sobre este aspecto esencial del procedimiento.

En este sentido señala Maza que “efectuar una reforma procesal en esta materia a 8 años de iniciado el siglo XXI y seguir omitiendo la exigencia del patrocinio letrado obligatorio para tramitar los pedidos de intervención ante las comisiones médicas por parte de los damnificados constituye un grave error por omisión. Pero, por añadidura, esa carencia constituye uno de los puntos más débiles del régimen adjetivo y que permite argumentar con firmeza que no garantiza el debido proceso adjetivo ni el derecho de defensa de los trabajadores y sus derechohabientes. Consecuentemente, si la SRT quería capitalizar la experiencia de esos años, si deseaba adecuar el régimen procesal a las reglas y garantías constitucionales ignoradas en los ignominiosos años 90, debió haber introducido ese recaudo que mejoraría la calidad del proceso administrativo”.³⁸

Esta reforma al Manual de Procedimientos ante las Comisiones Médicas, tanto por su falta de oportunidad, por las omisiones que contiene, como por su falta de consideración sobre los pronunciamientos de la Corte Suprema, abre un serio interrogante sobre la actitud del PEN frente a la futura reforma integral de la LRT.

VII. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA S ART.

Las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación causas “Busto”, 39 “Galván” 40 y “Soria” 41 así como de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires-42 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, configuran un nuevo hito en el debate doctrinario y jurisprudencial.

Estos casos adquieren trascendencia porque la Corte Suprema por mayoría a través de la aplicación de la doctrina de la arbitrariedad ratifica, en un caso implícitamente, la aplicación del art. 1074 del Código Civil, dispuesto por el Tribunal de Segunda Instancia y en otros dos casos descalifica las sentencias que habían rechazado la condena a la ART en supuestos de responsabilidad civil.

Como ha dicho el Dr. Eduardo Álvarez, es preciso analizar con sumo cuidado los fallos sustentados en la arbitrariedad, “porque en tales supuestos, en general, se limitan a señalar las falencias de la decisión y a describir porqué razón juzga que no es una respuesta jurisdiccional válida y no avanza sobre la interpretación normativa específica. En consecuencia no habría que identificar, al menos con ligereza, el “resultado” con la “doctrina”. Por otra parte, en la mayoría de los conflictos en los cuales la Corte analiza la posible existencia de arbitrariedad, subyacen cuestiones de “hecho y prueba” y no siempre es posible comprender los alcances de lo acontecido sin conocer los detalles del expediente y aquello que alguna vez denominamos su “intransferible sustancia”, a la que solo se accede en trance de juzgar sobre la responsabilidad civil de las ART”.⁴³

³⁸ Ibid.

³⁹ CSJN, 17.04.2007, B.915.XLII, Recurso de Hecho. “Busto, Juan Alberto c/ QBE Aseguradora de Riesgos del Trabajo SA”.

⁴⁰ CSJN, 30.10.2007, “Galván, Renée c/ Electroquímica Argentina SA y otro”.

⁴¹ CSJN, 10.04.2007, “Soria, Jorge Luis c/ RA y CES SA y otro”.

⁴² Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 9 de mayo de 2007, Causa L. 83.118, “S. V., J. contra ‘Incido SRL’. Accidente”.

⁴³ ÁLVAREZ, EDUARDO, “La prevención de los infortunios laborales y la responsabilidad de las

Como se advierte, en los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, salvo en el voto en minoría del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti, al que adhiere el Dr. Fayt, no se ahonda en las consideraciones jurídicas acerca de la viabilidad de la acción en sus aristas de fondo.

Sin embargo, es posible inferir que en los mismos subyace de una manera tácita, pero clara, la posibilidad de responsabilizar a la Aseguradora de Riesgo del Trabajo cuando existe un nexo de causalidad adecuada entre la omisión y el infortunio laboral.⁴⁴

Es decir que, más allá de las cuestiones de hecho y prueba de cada causa, es evidente que los votos de la mayoría admiten la posibilidad de una condena plena a las ART en coincidencia con la tesis amplia de la aplicación del artículo 1074 del Código Civil a las ART.

Las ART, no pueden limitarse a la percepción de las cuotas y al otorgamiento de las prestaciones del sistema, sino que deben desarrollar un auténtico rol preventivo, controlador y supervisor de la higiene y seguridad en los lugares de trabajo y también capacitador del personal asegurado.

Se aplica la doctrina de 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 medido un nexo de causalidad adecuado entre el daño y las conductas omitidas por la Aseguradora de Riesgos del Trabajo.

Esta condena no se limita 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 arriba 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 que la propia ley 24.557 y la Ley de Higiene y Seguridad disponen. Las ART tienen el deber legal de controlar y denunciar ante la SRT los incumplimientos de las empleadoras, en una suerte de delegación del poder de policía del trabajo.

La ART es sujeto deudor del deber de seguridad como surge del texto de la LRT.⁴⁵

La normativa permite inferir entonces, a diferencia de los sistemas legales precedentes, que no sólo los empleadores están obligados a adoptar medidas para

Aseguradoras de Riesgos del Trabajo en la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", Rubinzal-Culzoni Editores [Sección: Jurisprudencia Anotada].

⁴⁴ ÁLVAREZ, E., opinión citada en 19.

⁴⁵ Así cabe referenciar el artículo 1ero. se establece que: "son objetivos de la Ley sobre Riesgos del Trabajo (LRT) reducir la siniestralidad laboral a través de la prevención de los riesgos derivados del trabajo". A su vez en el art. 4, inc. 1, se indica que "los empleadores y los trabajadores comprendidos en el ámbito de la LRT, así como las ART, están obligados a adoptar las medidas legalmente previstas para prevenir eficazmente los riesgos del trabajo". En el artículo 31, se prescribe que "las ART: a) denunciarán ante la SRT los incumplimientos de sus afiliados de las normas de higiene y seguridad en el trabajo, incluido el Plan de Mejoramiento, debiendo notificar a la SRT dentro de los 30 días corridos de verificado el incumplimiento (artículo 17 Decreto 170/96); c) Promoverán la prevención, informando a la Superintendencia de Riesgos del Trabajo acerca de los planes y programas exigidos a las empresas". El Decreto 170/96 reglamentario del art. 4 de la Ley 24.557 obliga a las ART a realizar actividades permanentes de prevención de riesgos y control de las condiciones y medio ambiente de trabajo (art. 19). En especial, se fijan las siguientes: "1. vigilar la marcha del plan de mejoramiento en los lugares de trabajo, y la verificación del mantenimiento de los niveles de cumplimiento alcanzados con el mismo [...]; 2. brindar capacitación a los trabajadores en técnicas de prevención de riesgos (art. 19, inc. c)".

prevenir los infortunios laborales, sino que las ART también son sujetos pasivos de esta carga. El deber de seguridad tal como se lo describe en la LRT, excede el marco tradicional del contrato de seguro por accidente del trabajo, por lo tanto el empleador y la aseguradora están obligados a implementar todas medidas preventivas de los riesgos que la naturaleza de la actividad exija aplicar para procurar la indemnidad de las personas que bajo su dependencia trabajan.⁴⁶

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.

Si el diagnóstico y el control de la implementación del deber de prevención y seguridad, están a cargo de la ART, que “es la que sabe”, no existe ninguna razón para liberarla de responsabilidad y en particular si se tienen las referidas obligaciones legales previstas en el artículo 4to. de la LRT.⁴⁷

Las ART están obligadas a desarrollar una actividad diligente para cumplir con los fines que le impuso el legislador en relación a la prevención de los riesgos. Por tal motivo surge evidente que para condenar civilmente a una ART el juzgador debe encontrar acreditados los presupuestos de la responsabilidad civil: la antijuridicidad, el daño y la relación de causalidad adecuada entre la omisión y el daño.

La verificación de estos presupuestos de responsabilidad remite a una cuestión de hecho y de prueba que debe analizarse caso por caso, debiendo desestimarse por arbitrarias las sentencias, como lo ha dispuesto la Corte Suprema, cuando se asienten en la mera invocación de argumentos dogmáticos para exonerar de responsabilidad civil a las ART.

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.

Se exime de responsabilidad si prueba que cumplió con las obligaciones que le eran exigibles, que hubieran evitado el infortunio. El resarcimiento debido por este motivo queda determinado por los parámetros de integridad previstos por la normativa de derecho común y ajeno, por lo tanto, a las prestaciones de la Ley de Riesgos del Trabajo.⁴⁸

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

⁴⁶ ÁLVAREZ, *op. cit.*, p. 79.

⁴⁷ ÁLVAREZ, *op. cit.*, p. 85.

⁴⁸ Considerando 5to. voto del Dr. Hitters, SCJBA, causa L. 83.118, "S. V., J. contra 'Incico SRL'. Accidente", citada en nota 4.

daños que sus conductas omisivas generen.

VIII. PAGO EN RENTA Y TOPES. PISOS INDEMNIZATORIOS

8.1. Los casos “Milone” y “Suarez Guimbard” de la Corte Suprema.

Poniendo fin al cuestionamiento que había tenido este sistema de pago en renta de las indemnizaciones superiores al 50% de la incapacidad laborativa la Corte Suprema en el caso Milone⁴⁹ declaró la inconstitucionalidad del pago mediante renta periódica.

El fallo reprochó especialmente la imposición absoluta y sin distinción impidiendo en todos los casos la posibilidad de un pago único, sin considerar siquiera la posibilidad de opción de la víctima por un sistema de pago u otro.

La Corte Suprema entre otros fundamentos señaló que la norma cuestionada: a) violenta el artículo 14 bis de la Constitución Nacional que prescribe el principio protectorio y condiciones equitativas de labor; b) afecta la libertad y por ende la capacidad autónoma del individuo para elaborar un proyecto de vida como consecuencia de un acto que no le es imputable, e impedirle la pérdida de disponibilidad y control de las indemnizaciones de la que es acreedor; c) configura un trato discriminatorio (contraviniendo el principio de igualdad del artículo 16 de la Constitución Nacional) frente a las demás categorías de dañados que pueden cobrar sus indemnizaciones en un pago único sin imposiciones arbitrarias como dispone la LRT, en su artículo 14.2. b.; y d) que las altas incapacidades no solo repercuten en la «esfera económica de la víctima sino también en diversos aspectos de su personalidad que hacen al ámbito doméstico cultural y social con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida», lo que lleva a una «reformulación del proyecto de vida» y opciones que se hallan «drásticamente» reducidas por el sistema de pago periódico»⁵⁰

Las circunstancias fácticas sobre las cuales decidió la Corte en “Milone” se reflejan en la totalidad de los casos de altas incapacidades o la muerte ya que el perjuicio para las víctimas o sus derechohabientes se manifiesta siempre por cuanto las cuotas irrisorias del sistema son insuficientes para sobrevivir, como también para que el damnificado o sus derechohabientes, encaren una actividad productiva autónoma.

Ahora bien, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Suarez Guimbard”⁵¹ declaró nuevamente la inconstitucionalidad del pago mediante renta periódica, pero el pronunciamiento en este caso se refiere a la muerte de un trabajador por un siniestro laboral sucedido durante la vigencia del Decreto de Necesidad y Urgencia 1278/00, ratificándose la doctrina fijada con anterioridad en el caso “Milone” en que no era de aplicación el citado Decreto.

Entre otros fundamentos la Corte Suprema refirió que:

El monto de la renta establecido en la causa conduce a un pago mensual que no se muestra compatible con la finalidad reparadora que la LRT especifica en su artículo 1ero., ya que el resultado del cálculo actuarial determina una cuota muy inferior al sueldo del trabajador antes de ocurrir el siniestro.

En segundo término señaló la Corte que se afecta el ejercicio de un “ámbito de libertad constitucionalmente protegido” al condicionar el proyecto autónomo de vida de los derechohabientes del causante, que además ya está modificado traumáticamente por la muerte del trabajador.

En tercer término el fallo destaca que si bien la reforma introducida por el decreto 1278/00, al establecer una compensación dineraria adicional de pago único que, para

⁴⁹ C.S.J.N. 2004/10/26 Milone Juan Antonio c/Asociart S.A. ART S/accidente M.3724.XXXVIII

⁵⁰ Schick Horacio, Ley de Riesgos del Trabajo, Análisis Crítico y Propuestas, Editorial Quorum. 2007, página 102 y siguientes.

⁵¹ CSJN, 2008/06/24, - Suárez Guimbard, Lourdes c. Siembra A.F.J.P. S.A

el caso del art. 18, apartado 1, será de \$ 50.000, constituye una mejora al régimen original de la LRT, este paliativo no alcanza a conmovier las conclusiones precedentes, “toda vez que su percepción no deja de conculcar el derecho del beneficiario a disponer libremente de la totalidad de su crédito”.

Es decir que el cuestionamiento de la Corte al pago en renta es integral.

No sólo reprocha el monto exiguo de las cuotas, muy inferiores al sueldo que tenía el trabajador mientras vivía, sino que también señala la incompatibilidad constitucional de impedir a los derechohabientes disponer libremente de su indemnización para encarar su proyecto de vida, dentro del ámbito de libertad que la Constitución Nacional les brinda.

En definitiva, puede concluirse que el sistema de pago en renta aun con los adicionales previstos por el Decreto 1278/00 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 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 un reformulación profunda de su proyecto de vida.

8.2. Fin del pago en renta.

La ratificación de la inconstitucionalidad del pago fragmentado de las indemnizaciones por las altas incapacidades o la muerte, por parte de la Corte Suprema esta señalando al Poder Legislativo que en la futura reforma legal de la LRT, no se insista con este sistema y se permita a las víctimas o sus derecho habientes, 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 no ha cuestionado el sistema del pago en renta, sólo por la insuficiencia del valor de la cuota, sino que ha descalificado por completo, por afectar el ámbito de libertad de las personas para disponer de un capital que le es propio.

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.

Tampoco parece justificarse el pago en renta como una “opción” del trabajador a ejercer al percibir su indemnización, como se había observado en algunos anteproyectos de ley que existieron en los últimos años, cuando es sabido que la voluntad del damnificado es de fácil cooptación por los obligados del sistema.

Aún 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.

8.3. Pisos indemnizatorios en vez de topes.

También se considera conveniente la eliminación -en el cálculo de las indemnizaciones de la LRT-, los topes legales, ya que lo único que han hecho hasta ahora, es como se dijo, abusar de la técnica de la tarificación, cabiendo la sustitución de este criterio por el establecimiento de “pisos indemnizatorios” equitativos y razonables, determinando que las indemnizaciones nunca puedan ser inferiores a una suma fijada por el legislador para la incapacidad total que se traslada proporcionalmente a las incapacidades parciales.

Esto significa que si, por ejemplo, se dispone como piso indemnizatorio de la indemnización por incapacidad permanente total la suma de \$300.000, por una incapacidad del orden del 20% de la t.o. le corresponderá al damnificado un importe mínimo de \$60.000, aun cuando su indemnización de acuerdo al calculo matemático, diera un resultado menor a ese piso proporcional.

Además, para los supuestos de incapacidades que oscilan entre el 50 y el 66%, supuestos en que el damnificado es muy difícil que acceda a un trabajo remunerado bajo relación de dependencia, dado que se trata de una persona lisiada, es aconsejable establecer en la modificación legislativa, que hasta tanto no alcance la edad para acceder a la jubilación ordinaria, se le brinde a través de su Obra Social o el Pami, la atención médica respecto a las enfermedades inculpables que lo afecten y que no correspondan a las prestaciones en especie del artículo 20 de la LRT, que la ART debe brindar de por vida al trabajador por haberse ocasionado en el infortunio indemnizado.

Finalmente cabe destacar que las indemnizaciones derivadas de un daño laboral son de propiedad del derecho habiente previsto en la legislación especial, de modo que ante su fallecimiento, **se transmiten sin excepción a sus herederos**. De lo contrario se produce un enriquecimiento sin causa del obligado al pago.

IX.- OTRAS REFORMAS NECESARIAS.

9.1 Estabilidad contractual del damnificado.

Para los casos de incapacidad parcial permanente, es 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. .

Asimismo se deberá 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.

9.2 Elevación de las indemnizaciones tarifadas.

En lo que se refiere a las reparaciones tarifadas, ya nadie duda que las mismas deban ser elevadas en forma sustancial.

De mantenerse el sistema de coeficiente de edad, como es formulado por el régimen vigente, el principio de progresividad determina que debería elevarse el mismo, al número 100 como fue establecido en 1988 por la Ley 23.643.

Se sugiere sustituir el coeficiente 53 por 100 a los fines de elevar las indemnizaciones tarifadas.

Cuando el infortunio se produzca como consecuencia de graves faltas del empleador a sus deberes de prevención, es aconsejable, como lo demuestra el derecho comparado (España), que se incremente la reparación tarifada.

También es necesario considerar que el ingreso base para el cálculo de todas las indemnizaciones tarifadas, se asiente en la real e íntegra retribución del damnificado, incluyendo las llamadas prestaciones no salariales que benefician lo benefician como contraprestación al débito laboral, y no solamente el "salario previsional" como establece el sistema vigente. A los fines del cómputo de los llamados beneficios

sociales deberán computarse los que tienen aptitud de cuantificación económica a los efectos de su valorización en el pago de la alícuota.

Esta propuesta intenta corregir el carácter involutivo que tuvo la Ley 24.557 en cuanto a la base de cálculo de todas las prestaciones dinerarias. En efecto, en el sistema vigente para la fijación del ingreso base, sólo se computan las sumas sujetas a cotización a la seguridad social. Es decir sólo se considera el “salario previsional”, que como dice el artículo 12 de la LRT es el “que resulta de dividir la suma total de las remuneraciones sujetas a aportes y contribuciones con destino al Sistema Integrado de jubilaciones y Pensiones devengadas en los doce meses anteriores a la primera manifestación invalidante, por el número de días corridos comprendidos en el período considerado”. Por lo tanto en la LRT las prestaciones dinerarias se determinan en base a una cifra dineraria inferior a la real remuneración del trabajador.

La consecuencia del criterio actual es que las prestaciones por incapacidad laboral temporaria (ILT) no reflejan la real pérdida que sufre el trabajador como consecuencia del infortunio. Sino tan sólo una porción de ese daño, lo que constituye una anomalía, irrazonable.

Además, es necesario incorporar en los cálculos de los salarios por incapacidad laboral temporaria (ILT) y en las indemnizaciones permanentes, los aumentos y mejoras que hubieran beneficiado al damnificado, por aplicación de una norma legal, convención colectiva de trabajo o por decisión del empleador, en caso de no haber sufrido el siniestro.

La utilización del Mopre como módulo de ajuste de las indemnizaciones por ILT y por incapacidad provisoria y por gran invalidez ha demostrado ser absolutamente ineficaz ya que permanece inalterable desde 1997 en \$80. (Art. 11, apartado 2 L.R.T. y Decreto PEN 833/97)

X. ACCIDENTE IN ITINERE.

Recordemos que este tipo de infortunios tiene cobertura en el sistema vigente (LRT 6 apartado 1ero. LRT) y corresponde genéricamente a los siniestros ocurridos a los trabajadores en el trayecto habitual entre su residencia y el límite de ingreso al lugar de trabajo y viceversa, siempre que no lo hayan interrumpido o alterado por causas ajenas al trabajo.

A su vez la indemnización por esta categoría de accidentes tiene en la LRT una reparación equivalente a los demás infortunios definidos por la ley.

Según informaciones periodísticas existiría una propuesta oficial, tampoco desmentida hasta la fecha de elaboración de esta ponencia, que establecería que el resarcimiento por este infortunio ya no estaría a cargo del ART, sino que se abonaría al damnificado a través del sistema de seguridad social por intermedio de la Anses y consistiría en una prestación dineraria que correspondería sólo al 50% del valor establecido por la ley para las restantes prestaciones dinerarias por accidentes de trabajo.

Esta propuesta constituye un retroceso respecto de la ley vigente, en la cual la indemnización carece de disminución alguna respecto de los demás infortunios y su pago corresponde a la ART como derivación de la alícuota de seguro que abona el empleador afiliado.

Cabe también poner de relieve que, de prosperar este anteproyecto, las sumas que se extraen de la Anses para pagar accidentes, sin un aporte específico de los empleadores a fin de solventar estos infortunios, producen la disminución de los fondos asignados para el pago de las jubilaciones, conforme a la recientemente aprobada ley, llamada de “movilidad jubilatoria” .

Es decir que por esta vía se desnaturalizan las indemnizaciones por accidentes del trabajo y también se disminuyen los recursos asignados al pago de las jubilaciones.

Cabe destacar que esta propuesta reduccionista implica una ruptura de la tradición legislativa de nuestro país en el cual la reparación de los accidentes de trabajo “in itinere” tiene un antiguo reconocimiento que viene desde la ley 9688 pasando por todas sus reformas, incluyendo la ley 24.028 y la vigente 24.557.

La cobertura integral de los accidentes de trabajo “in itinere” tiene un fuerte arraigo en nuestra tradición jurisprudencial y legislativa basada en los conceptos de ocasionalidad y de “estar a disposición del empleador”, teniendo en cuenta que el traslado al trabajo y de éste al domicilio del empleado, constituyen un riesgo en sí, condicionado por el cumplimiento de su obligación laboral. De tal forma que todo hecho que ocurra en dicho trayecto debe ser reparado, pues basta que el accidente haya sucedido en ocasión o con motivo del trabajo para que se aplique el criterio del riesgo profesional y responda el empleador, siempre y cuando el empleado no elija una vía distinta que la habitual.

En España, Chile, Suiza, Italia, Portugal y en muchos otros países los accidentes “in itinere” también son reconocidos como accidentes del trabajo.

De modo que la inclusión del accidente del trabajo in itinere en el sistema argentino no es una novedad, como tampoco lo son en países con tradiciones similares como es el caso de España y Chile, que además han sido fuente inspiradora de la Ley sobre Riesgos del Trabajo.

El fundamento -como se ha venido señalando- reside en que el trabajador para cumplir con su contrato tiene que asumir un riesgo específico al dirigirse del trabajo a su domicilio y viceversa. El lapso que al trabajador le requiera desplazarse desde su domicilio al lugar de trabajo o viceversa se encuentra dentro de la responsabilidad objetiva del empleador. No es por el hecho del trabajo que responde el empleador, sino por el concepto de ocasionalidad. El trabajo ya ha terminado o no ha comenzado, pero en el supuesto bajo análisis reconoce que la ejecución del trabajo es la que ha llamado al damnificado a las circunstancias del daño. Es la ocasión del trabajo aunque el trabajo no sea la causa.

Quitarle el 50% de la cobertura a los accidentes de trabajo “in itinere”, como una forma de compensar el aumento de la alícuota del seguro a consecuencia de tener que asumirse la responsabilidad civil empleadora constituiría un grave desacierto legislativo.

En primer lugar por que restringir su cobertura constituye un retroceso jurídico despojando de una cobertura que el trabajador argentino tiene reconocida desde hace más de ochenta años, afectando los principios de protección y progresividad reconocidos por nuestra Carta Magna.

En segundo término dado los actuales costos del seguro que determinan una alícuota por trabajador del 2,80% del promedio de la masa salarial, permite la admisión de la cobertura de la responsabilidad civil sin que se desborden los costos empresariales, ni se quiten en compensación otros derechos adquiridos por los trabajadores. El valor del aseguramiento actual está en niveles inferiores a los previstos por la SRT en el año 1996 al comenzar a funcionar el sistema, cuando se lo estimaba en un 3% promedio de la masa salarial.

En tercer término si bien la reforma de la LRT en el sentido protectorio que enunció la Corte Suprema de Justicia de la Nación va a determinar un razonable aumento de la cotización del seguro a fin de mejorar las prestaciones e indemnizaciones, al cabo de un tiempo de cumplirse con las normas de higiene y seguridad es probable que se reduzca la siniestralidad y como consecuencia de ello dichos costos disminuirían a lo largo del tiempo.

En cuarto término el sistema actual contiene la posibilidad de que la ART repita civilmente del causante del infortunio lo abonado al trabajador como lo prevé el actual artículo 39 párrafo quinto de la LRT.

Finalmente, transferirle a toda la sociedad a través de la Anses el resarcimiento de estos daños que corresponden a una responsabilidad empresarial, configura un

hschick@estudioschick.com.ar

info@estudioschick.com.ar

www.estudioschick.com.ar

desacierto de la política legislativa, que desfinanciaría el sistema de seguridad social.

COLOFON

Cabe esperar una reforma integral al régimen de accidentes y enfermedades del trabajo, tanto en sus contenidos sustantivos como procesales, procediendo a su adecuación definitiva a las garantías constitucionales, en el sendero fijado por el Máximo Tribunal de la Nación y no limitar el dictado de una ley a retoques meramente cosméticos, que consoliden las cuestionadas disposiciones originarias de la LRT y den lugar a nuevos planteos judiciales de inconstitucionalidad.