

**“PRIMER CONGRESO EMPRESALUD.ng: LEY DE RIESGOS
DEL TRABAJO – PASADO – PRESENTE – FUTURO y
RESPONSABILIDAD SOCIAL”,
Córdoba ,7 de octubre de 2011**

**“Propuestas para una reforma legislativa del régimen de
infortunios laborales”**

Por Horacio Schick

Sumario: I. Filosofía que debe impregnar la reforma legislativa. II. Prevención. III. Gestión del sistema. IV. La responsabilidad civil del empleador en la reforma de la ley. 4.1. El respeto al cúmulo amplio fijado por la CSJN. 4.2. El nuevo seguro civil voluntario. 4.3. La interpretación económica del derecho como fundamento de la restricción del acceso a la vía civil. V. La responsabilidad civil de las ART en la reforma de la Ley de Riesgos del Trabajo. VI. Las enfermedades laborales en la reforma de la LRT. VII. Las prestaciones dinerarias, el pago en renta en la reforma legislativa. VIII El procedimiento especial. IX. Despido discriminatorio por motivo de un infortunio laboral. Protección legal. X. Proyecto de Ley. Anexo: Cuadro sinóptico de las principales reformas a considerar.

Abstract:

El presente trabajo tiene como finalidad ofrecer una serie de criterios y pautas para una reforma íntegra de a Ley de Riesgos del Trabajo a la luz de la actividad correctiva de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los destacados fallos que minaron las inconstitucionalidades de la norma.

Reparación y prevención no son conceptos opuestos, sino por el contrario, complementarios y el Estado principalmente junto con los restantes actores del sistema deben jugar un rol protagónico en la proyección de un nuevo sistema de prevención de los riesgos laborales, en la aplicación de la Ley de Higiene y Seguridad Industrial y sus decretos reglamentarios y las resoluciones de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo.

Con respecto a la forma de implementación de un sistema de gestión determinado, la cuestión se vuelve indiferente en punto a la figura jurídica, en el contexto actual de nuestro país, cobrando verdadero interés la concreción de un sistema con regulación normativa coherente con las garantías constitucionales, control eficiente y reparación adecuada.

Por ello, la justa reparación debe estar garantizada con el correcto alcance de la responsabilidad por los daños laborales. La Corte Suprema, a través de los fallos “Aquino”, “Llosco” y “Aróstegui” ratificó el criterio de acumulación de resarcimientos, en el sentido de que el damnificado pueda reclamar de la ART lo regulado por la ley especial y en forma paralela, sucesiva o conjuntamente, al empleador, en razón de los daños y perjuicios no satisfechos por la indemnización tarifada, pueda ocurrir por la vía del derecho común.

Ahora bien, la previsibilidad de los costos de las condenas civiles puede resolverse por medio del aseguramiento diferenciado de la responsabilidad civil respecto de la tarifada y, en este sentido, la Res. SSN 35520/11 reguló el seguro civil voluntario para empleadores, pero, la consigna inicial se halla notoriamente desvirtuada con las exclusiones y excepciones estipuladas en este modelo de póliza que debe ser revisado.

La Corte Suprema ha afirmado en la causa “Torrillo” la jurisprudencia definitiva según la cual las aseguradoras pueden ser condenadas civilmente por los daños sufridos por un trabajador, comprobado el nexo de causalidad adecuado con las omisiones a los deberes de

higiene y seguridad del trabajo de la empleadora, no prevenidas, fiscalizadas, controladas o denunciadas por la Aseguradora de Riesgos del Trabajo. Esta doctrina debe tener también consagración legislativa para tornar eficaz la función preventiva asignada a estos efectores de la prevención

Las enfermedades laborales en el diseño de la nueva ley, deben ser reinterpretadas a la luz del escenario jurisprudencial actual, optándose por un sistema mixto configurado por un listado indicativo y la posibilidad de su ampliación en cada caso concreto de acuerdo a la relación de causalidad amplia que el damnificado pueda acreditar en las instancias administrativas o judiciales.

Se ha propuesto en la ponencia la elevación de las indemnizaciones tarifadas, la eliminación de techos indemnizatorios y la aplicación de pisos indemnizatorios equitativos, razonables y ajustables. Las directrices fijadas por los fallos “Milone” y Suarez Guimbard” implican también la eliminación del pago en renta en los casos de altas incapacidades y la muerte.

Las doctrina sentada en la tríada de fallos “Castillo”, “Venialgo” y “Marchetti” de la Corte Suprema constituyen un conjunto armónico sobre la inconstitucionalidad de los pilares de la LRT en torno al procedimiento ante la justicia federal, por lo que en el futuro régimen el mismo deberá estar ser voluntario y regulado por las autoridades provinciales.

Por último, la emergencia del despido discriminatorio por motivo de un infortunio laboral requiere una tutela específica y se advierte la necesidad de prever diversas soluciones para asegurar una protección eficaz del trabajador accidentado.

En definitiva, proponemos un régimen de reparación de infortunios laborales respetuoso de las garantías constitucionales y de los lineamientos de la Corte Suprema en sus históricos pronunciamientos.

I. Filosofía que debe impregnar la reforma legislativa

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 método preventivo que reduzca los infortunios laborales.

Para los trabajadores, el daño a su salud e integridad psicofísica adquiere una relevancia sustancial ya que, a diferencia de otros tipos de damnificados, éstos sólo poseen para obtener su sustento el ingreso salarial que le provee el empleo para el que fueron contratados. De modo que su incapacitación a consecuencia de un infortunio laboral determina la alta probabilidad de verse impedidos de seguir utilizando su cuerpo para obtener una remuneración de carácter alimentario. Por otra parte, la coacción vital y social lleva al prestador de trabajo a incorporarse cotidianamente a la esfera de riesgos del empleador, asumiendo peligros y la posibilidad de un hecho generador de daño, en una proporción mayor que otros sujetos.

Desde una perspectiva amplia, debe contemplarse al trabajador en su unidad psicofísica y espiritual y no, desde una óptica sesgada, como un mero recurso que genera un costo empresarial.

Por esto mismo, en caso de fracasar la evitación de los daños a través de mecanismos de prevención, es función de la ley reparar los mismos en forma justa. Ello se logra a través del resarcimiento completo de todos los perjuicios sufridos por la víctima, al margen de los que pudiesen 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 (cf. considerando 3º, causa “Aquino”), así como el daño al proyecto de vida (causa “Arostegui”).

Como derivación de la jurisprudencia renovadora de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha quedado consolidada en el pensamiento jurídico de nuestra época la necesaria protección integral, no ya del trabajador, sino de la “persona que trabaja” en sí misma y como ser humano.

Se trata ahora de la protección del “hombre” o de la “mujer” a secas, no más de la persona como *homo economicus*, *homo faber*, trabajador, productor o creador de riquezas. Del hombre con toda su dignidad, como “cosa sagrada”, cualquiera sea su edad y condición, trabaje o esté desocupado, sea nacional o extranjero.¹

En consecuencia se pasará a señalar los aspectos más relevantes que deberá contener la reforma al régimen de infortunios laborales, teniendo en consideración que ha terminado el tiempo de las valoraciones genéricas y las reformas parciales: es definitivamente necesario sancionar una reforma integral de la ley vigente, que ineludiblemente deberá considerar y respetar cada una de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como aquella a la que se ha comprometido la Administración en los considerandos del Decreto 1694/09.

Esto último con la finalidad de no repetir cuestiones de inconstitucionalidad, teniendo presente que como dijo la Corte Suprema: “[...] es justo y razonable que la legislación contemple el abanico de intereses y expectativas que pone en juego la relación laboral con motivo de un accidente o enfermedad, en términos que atiendan, equilibradamente, a todos los actores comprometidos en ese trance. Empero, esto es así, bajo la inexcusable condición de que los medios elegidos para el logro de dichos fines y equilibrios resulten compatibles con los principios, valores y derechos humanos que la Constitución Nacional enuncia y manda respetar, proteger y realizar a todas las instituciones estatales” (considerando 13º del voto de los doctores Petracchi y Zaffaroni en la causa “Aquino”).

Por último nos remitimos *in totum* al proyecto de ley elaborado y con estado parlamentario, y hemos anexado un cuadro sinóptico sobre los principales aspectos a reformar.

II. Prevención

La cuestión de la reparación es central, sobre todo porque los datos sobre siniestralidad laboral –exclusivamente respecto del personal registrado que informa anualmente la Superintendencia de Riesgos del Trabajo– muestran cifras significativas, en muchos casos, incluso, por encima de las cifras de crecimiento económico. Existe indudablemente un déficit en la prevención, como ha sido reconocido desde diferentes ámbitos.

Los creadores de la LRT suponían que el interés de las ART en reducir los gastos de prestación, incentivaría un contralor mayor que el de la gestión estatal. Así disolvieron la Dirección de Higiene y Seguridad del Ministerio de Trabajo y la SRT pasó a la supervisión de las ART, mientras que éstas quedaron a cargo de la política preventiva en cada una de las empleadoras afiliadas.

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

¹ MOSSET ITURRASPE - PIEDECASAS, *Responsabilidad por Daños*, T XI, Actualización Doctrinaria y Jurisprudencial de los Tomos I a X (al 31-12-2009), Rubinzal-Culzoni, p. 136.

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.

Creemos también que ha quedado superado el debate acerca de que las leyes que regulan las enfermedades y accidentes laborales, deben priorizar la prevención en desmedro de la reparación –como preconizaban los autores y defensores de la ley original–, lo cual, además, se tradujo en fuertes retrocesos reparatorios para las víctimas.

Por más eficaz que sea un sistema preventivo, los siniestros ocurren por los propios riesgos que implica la actividad productiva. Aun siendo lícita y consentida por la sociedad y productora de desarrollo, tiene aptitud para generar daños en el medio ambiente, en terceros, en los consumidores y en los trabajadores.

De hecho, en la Argentina sólo en el sector formal se registran alrededor de 700.000 infortunios laborales anuales, lo cual demuestra la ineficiencia del sistema preventivo. No obstante, una vez acaecido el siniestro, el daño igualmente debe ser reparado. tratando de colocar al damnificado en la misma situación que estaría de no haber sufrido el infortunio.

Pero también hay que destacar que la adecuada reparación del daño laboral en los términos delineados por el Máximo Tribunal de la Nación –en los fallos dictados a partir de la “primavera” de 2004– ha determinado, en los últimos tiempos, por parte de los obligados del sistema, la adopción de conductas más diligentes en materia de prevención de riesgos, que no se había verificado en los primeros años de vigencia del sistema. Esta circunstancia se refleja en las últimas estadísticas del año 2009 de la SRT, donde se refleja una disminución de la siniestralidad respecto de períodos anteriores.

Los defensores y gestores del sistema reivindican este escenario como un logro del mismo, cuando en verdad, es el efecto directo de las sentencias judiciales, que han hecho colapsar los pilares del régimen inicialmente diseñado en el año 1995.

Fueron las sentencias judiciales las que han dado claras señales a los responsables para observar un debido interés en la prevención de daños laborales.

Como señalaba agudamente Mosset Iturraspe: “¿Puede haber un incentivo más fuerte para “no dañar” que la amenaza de una condena judicial por resarcimiento? No de una “condena simbólica” a pagar unas monedas sino de una que importe una traducción razonable del perjuicio”. Agregando, el eminente Profesor, que “hay coincidencias, y no puede ser de otra manera, en que la irresponsabilidad, total o parcial, no es un criterio disuasorio válido o eficiente, la ausencia de pagos en concepto de indemnización por daños privaría al causante de un estímulo para realizar gastos en prevención”.²

De modo que prevención y reparación no son conceptos antitéticos, sino que se complementan y así debe ser considerado por el Estado y por los actores del sistema.

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 Ley de 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.

En otro orden, los deberes legales de prevención y control impuestos a las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo, deberán ser confirmados y ampliados y deberán estar

² MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Responsabilidad por daños*, T. IX, Responsabilidad de La Empresa Rubinzal-Culzoni, p. 85.

sustentados en la responsabilidad plena frente a las víctimas, por los daños que sus conductas omisivas generaren. En este sentido, el fallo “Torrillo” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación constituye un antecedente relevante y definitorio en esta dirección.

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 Aseguradoras de Riesgos del Trabajo.

En los considerandos del Decreto 1694/09 se cuestiona la ley 19.587 de Higiene y Seguridad en el Trabajo (HyST), y se postula fusionar en un solo régimen o Ley la prevención y la reparación de daños.

La ley 19.587 es el primer cuerpo normativo completo que ha existido en nuestro país, la cual se ocupa de efectuar una agrupación de la legislación que anteriormente se encontraba dispersa. Es una norma muy bien desarrollada, amplia, que ha permitido emitir diversas y hasta actuales reglamentaciones sobre variadas actividades como los decretos 351/79 (general), 911/96 (construcción) y 917/96 (agropecuaria).

No parece prudente fusionar en una ley un régimen de accidentes con un sistema de prevención de higiene y seguridad. La primera opera “después del siniestro” para reparar el daño, mientras que la segunda lo hace “antes”, para evitar o disminuir las consecuencias del accidente o enfermedad profesional.

No es necesario modificar la ley de HyST, sino actualizar sus reglamentaciones a la luz del progreso tecnológico y generar nuevas normas por rama de actividad, siempre en el marco de la ley actual. Por ejemplo, el comercio y los servicios deberían tener su propia normativa y lo mismo se podría afirmar sobre el transporte, la energía, etcétera.

Tampoco es argumento suficiente para derogar la ley 19.587 y dar un salto al vacío, el mero hecho de haber sido sancionada en el año 1972 durante la vigencia de un gobierno no democrático. Con ese mismo criterio habría que derogar el decreto-ley 17.711 dictado en el año 1968, que es el que consagró la responsabilidad objetiva del artículo 1113 del Código Civil y otros beneficios, conquistas históricas del derecho argentino con miras a proteger a los más débiles y que, sin embargo, fueron dictadas en la misma época de ese gobierno militar.

También es cierto que en la LRT hay temas vinculados con la prevención de los riesgos, pero estos están centrados más en lo relativo a los deberes, derechos y obligaciones de trabajadores, empleadores y ART que en la parte técnica; en general, ni la LRT ni sus reglamentaciones profundizan sobre los aspectos técnicos los que corresponde que sean regulados por una norma diferente, como ocurre en la actualidad. Dichos criterios deben ser mantenidos en una futura reforma y aun profundizados.

Incluso, la propia SRT mediante distintas resoluciones estableció requisitos especiales de higiene y seguridad para la actividad de TV por Cable (Res. SRT 311/03) y por decreto se reguló la actividad minera (dec. PEN 249/07) donde, por ejemplo, se incluyó a los Comités Mixtos de Higiene y Seguridad en el Trabajo, aspecto no cuestionado por el sector empresario.

Podría concluirse que en materia de Higiene y Seguridad no aparece como prioridad inmediata el dictado de una nueva ley; en cambio, sí es extremadamente relevante que se cumpla con las reglamentaciones hoy vigentes.

Para ello, el Estado debería asumir un rol protagónico en la materia, en el que se constata un marcado déficit, tanto a nivel nacional y provincial como municipal.

A su vez, empleadores y ART deberán ser sometidos a las sanciones correspondientes ante los incumplimientos de la normativa y la producción de daños. En este orden, también se verifica una deficiencia por las escasas sanciones aplicadas por los órganos de control frente a los incumplimientos generalizados de las normas vigentes.

III. Gestión del sistema

En el primer párrafo de los considerandos del decreto 1694/09 se afirma: “Que el régimen creado por la Ley N° 24.557 y sus modificaciones, denominado de Riesgos del Trabajo, instituyó un sistema de seguro obligatorio por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales a cargo de gestoras privadas con o sin fines de lucro, abarcando tanto a los empleadores del sector público como del sector privado”.

Con este reconocimiento por parte del Estado, entendemos que se da por cerrado el debate acerca de si éste era un sistema de seguridad social o un simple seguro obligatorio.

Se ratifica lo que siempre sostuvimos, y es que la LRT es un sistema de seguro obligatorio individual en compañías de objeto único, donde el asegurado, o sea el empleador, es el que causa el infortunio y es el que se asegura o autoasegura el riesgo que ocasiona. Por su parte, el trabajador es un tercero en el contrato de seguro, celebrado entre el empleador y la Aseguradora de Riesgos del Trabajo.

Por otra parte, la Corte Suprema en todos los fallos dictados en materia de accidentes y enfermedades del trabajo –y, en especial, en los casos “Castillo”, “Milone” y “Aquino”– enfocó el tema desde el derecho de daños y de la protección del trabajo, dependiente sobre la base del principio protectorio que inspira al Derecho del Trabajo en la primera parte del artículo 14 bis y en el artículo 19 de la Constitución Nacional.

En verdad, la ley 24.557 siguió el mismo modelo de las leyes 9.688 y 24.028 en sus disposiciones principales, pero con la obligación de contratar un seguro de accidentes laborales exclusivamente con las ART, a las que se le agregó la obligación adicional de otorgar las prestaciones en especie (medida positiva) y vigilar el cumplimiento de las normas de higiene y seguridad de sus afiliadas, (convirtiéndose en positiva por la doctrina Torrillo de la CSJN)

Sin embargo –como lo demostró la historia– se desmejoró significativamente la situación de las víctimas al conferirles inferiores indemnizaciones tarifadas, privándolas también de la reparación proveniente del derecho común y el acceso al juez natural.

En realidad, no se cambió sustancialmente el modelo precedente, sino que sólo se lo hizo más mezquino y restrictivo para los damnificados. Para disfrazarlo como un régimen diferente se utilizó una semántica distinta, propia de la seguridad social: “contingencia”, en lugar de accidente o enfermedad; “prestaciones dinerarias”, por indemnizaciones; etcétera.

De lo que se trata entonces en la próxima etapa sobre la base de un sistema de seguro obligatorio de riesgos y uno voluntario para cubrir la responsabilidad civil, es disponer una reforma integral de la ley vigente que ineludiblemente deberá considerar y respetar cada una de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, todo ello a fin de que no se repitan situaciones de inconstitucionalidad.

La contradicción entre el fin de lucro de las ART y sus objetivos declamados en la ley nos parece insuficiente como argumento crítico que plantee algo novedoso. Porque en realidad, en el anterior sistema, también había fin de lucro en los aseguradores. Y también estaba en juego el lucro del empleador si tenía que asumir directamente el pago de las indemnizaciones.

Se trata, en verdad, de una contradicción de intereses de clase, que en el sistema actual es trasladado a la ART como operadora en lugar de asumirla instrumentalmente el empleador, pero en definitiva serán los intereses de éste los finalmente afectados, en la medida en que incidan en los costos de aseguramiento. Con o sin ART la contradicción existe. La diferencia es probablemente una sola: el costo final con intervención de estas últimas tiene que ser mayor, porque incluye el margen de ganancia del asegurador. Lo grave es que dentro de una estructura de seguro obligatorio, el Estado no puede prescindir de arbitrar en los costos de aseguramiento. El libre juego de oferta y demanda del producto

“seguro de riesgos del trabajo”, llevó a una guerra de tarifas y competencia en el abaratamiento de costos, que no pudo sino repercutir en la calidad de las prestaciones.³

De tal forma que la clave no pasa por las características de las personas jurídicas que gestionen el seguro y demás prestaciones en especie y el control de la prevención, sino que radica en la necesidad de una regulación normativa coherente con los derechos y garantía constitucionales y que el Estado en sus diferentes instancias actúe eficazmente en el control de la prevención de los daños y de todo el sistema en general.

Lo que surge evidente es que, por lo menos en esta etapa, el Estado no está en condiciones de asumir el rol adicional de otorgar las prestaciones dinerarias y en especie. Más allá de cualquier idealización, la realidad deficitaria actual para las víctimas en materia de indemnizaciones y atención médica sufriría un claro empeoramiento.

Por otra parte, no puede omitirse la realidad de los largos juicios que los jubilados deben tramitar ante la Justicia Federal de la Seguridad Social para que se les reconozca los derechos ya admitidos por las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los célebres casos “Badaro” y “Sánchez”, por los incumplimientos de la ANSES en el reajuste de los haberes previsionales. El Ente oficial no acata automática y espontáneamente estos fallos, como correspondería frente a los reconocimientos del Tribunal Superior, sino que obliga a cada perjudicado a promover el reclamo individual, con largos años de litigio, situación que ha determinado el colapso de la Justicia Federal de la Seguridad Social.

Tampoco cabe omitir las cíclicas crisis del Estado crónicamente sobreendeudado que determina el pago de los créditos emanados de las sentencias condenatorias, en forma hartamente dilatada o peor aún en distintos tipos de “bonos” que licúan las deudas de los acreedores del Estado.

Con respecto a la atención médica de los jubilados por parte del órgano oficial, PAMI, las reiteradas críticas y los padecimientos de los ancianos, relevan de efectuar otras consideraciones.

Sumar a este conflictivo escenario la atención de cuanto menos 700.000 siniestros anuales que registra la SRT, no permite avizorar que la transferencia al Estado del sistema de reparación de infortunios laborales constituya una solución más beneficiosa para los damnificados y un funcionamiento eficiente del sistema.

Para que el Estado asuma, además de la misión indelegable de contralor y prevención que hoy estamos reclamando, las funciones hoy desempeñadas por las Aseguradoras, debería contar con una estructura que hoy no tiene y cuyo armado complejo, previsiblemente lento, atentaría contra la imperiosa necesidad de mejorar sensiblemente las acciones en materia de prevención en el corto y mediano plazo.⁴

En síntesis, el Estado no está actualmente en condiciones de atender a los dañados laborales, ni siquiera cumple adecuadamente deberes elementales y previos como brindar educación, justicia, salud y seguridad en condiciones dignas a la población y atender debidamente la pobreza, que azota a contingentes que década a década viene incrementándose.

Insistir, en esta propuesta, es cuanto menos pecar de ingenuidad, coadyuvando de esa forma en terminar de convertir a las víctimas de accidentes laborales en verdaderas

³ GILETA, Ricardo Agustín, “Algunas reflexiones en vista del pasado, presente y futuro del régimen de accidentes y enfermedades del trabajo”, Ponencia presentada ante el XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Salta, 9-11 de octubre de 2008, publicada en La Ley On Line.

⁴ VALDOVINOS, Oscar y otros, *Grupo de Expertos en Relaciones Laborales. Estado actual del Sistema de Relaciones Laborales en la Argentina*, Rubinzal-Culzoni, p. 223.

“variables de ajuste”, haciendo retroceder al derecho de daños laborales respecto del estándar protector conseguido a partir de la brega de los abogados y las sentencias de los jueces.

La propuesta de que Estado asuma el régimen de infortunios laborales coincide, también, con la idea de la llamada “socialización del daño” propugnada por los seguidores de la teoría de la “interpretación económica del derecho”. Se trata en este caso de un reparto de la indemnización. El Estado pagará un porcentaje, el seguro obligatorio responderá en alguna medida, la víctima debe sufrir una quita –por que la indemnización no es integral– y, finalmente, el agente dañador cargará con la cuota restante de la indemnización, significativamente disminuida. Esta socialización cuenta con el beneplácito de los grandes generadores de daño del mundo actual que son, sin lugar a dudas, las empresas.

La apertura hacia la implementación de un régimen de aseguramiento basado en entidades privadas sin fines de lucro, debe ser atendido con especial detenimiento. En este sentido cabe recordar, en primer lugar, que el artículo 42 de la ley vigente admite que por medio de “la negociación colectiva laboral se podrá crear Aseguradoras de Riesgos de Trabajo sin fines de lucro, preservando el principio de libre afiliación de los empleadores comprendidos en el ámbito del Convenio Colectivo de Trabajo”. Esta posibilidad no tuvo predicamento entre los actores sociales.

Respecto de la instauración de sistema de mutuales, en verdad, lo relevante será que éstas deberán estar en efectivas condiciones para responder por las prestaciones en especie y dinerarias, en el marco del respeto de las garantías constitucionales. En el caso de que estén integradas por empleadores deberán estar formadas por un número significativo de ellos para asegurar su solvencia (35.000 empresas, por ejemplo). En estos supuestos, sería un factor relevante de garantía si las empleadoras que las componen fuesen solidarias entre sí frente a los damnificados.

Deberá existir un control estricto del Estado sobre la solvencia y funcionamiento, tratando de evitar simulaciones solapadas de entidades lucrativas, todo lo cual produciría desviaciones y situaciones patológicas que agravarían el cuadro deficitario del sistema actual.

En esta inteligencia es preciso destacar que hoy existen aproximadamente 800.000 establecimientos asegurados por las ART. Se trata de empleadores pequeños, medianos y grandes; su autoorganización para otorgar prestaciones dinerarias y en especie implica un grado sofisticado de especialización y sustitución completa del sistema vigente, de compleja implementación.

Con respecto a la intervención de un Sindicato en la Administración o propiedad de una ART, aun cuando no tuviese fines de lucro, se presenta como un tema que presenta aristas conflictivas. En efecto, la ART –o la sustituta de la misma que se creara– tiene la función primordial de asegurar los riesgos laborales del empleador. Normal y objetivamente, dicha Aseguradora tiene conflictos con el trabajador. La experiencia de estos trece años evita mayores comentarios.

De modo que, cabe preguntarse, en qué posición definitiva se colocará el Sindicato frente a este conflicto. ¿Defenderá el interés individual del trabajador como le ordena la ley 23.551 o asumirá su condición de asegurador, lo que implícitamente lo llevará a un conflicto de intereses con su afiliado, el que a su vez en muchas ocasiones lo consulta frente a la ocurrencia de un siniestro?

Puede llegar a producirse una confusión de roles, que acumulará más desconcierto al ya harto complejo régimen de riesgos del trabajo.

Las mutuales deberían estar en efectivas condiciones para responder por las prestaciones en especie y dinerarias, en el marco de respeto de las garantías constitucionales, con nivel de especialización en la materia y cumpliendo los mismos requisitos que son exigidos a las empresas no afiliadas a una Aseguradora, para constituir una ART o para autoasegurarse.

En Chile, la ley 16.744 de 1968 adoptó el sistema de Mutualidades de empleadores que deben tener agrupados 20.000 trabajadores como mínimo (art. 12, inc. a) y los miembros de las mutuas deben ser solidariamente responsables por las obligaciones contraídas por las mismas (art. 12, inc. e).

De hecho, en la actualidad, en el país vecino todos los empleadores se han concentrado en sólo tres mutuas que los nuclean.

En España, la Ley General de Seguridad Social (LGSS) de 1994 recogiendo los textos anteriores, desde 1966, dispone que la gestión de la Seguridad Social esté a cargo de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales. Éstas no tienen fines de lucro, poseen un objeto único y deben estar constituidas cuanto menos por 50 empresarios que agrupen a 30.000 trabajadores, siendo aquellos responsables mancomunados frente a los beneficiarios (arts. 68 y 69, inc. a, LGSS).

Sin embargo, numerosos especialistas hablan en España de una tendencia hacia una actividad lucrativa solapada, lo que ya se verifica en el manejo de la prevención a través de sociedades anónimas constituidas por las mismas Mutuas a esos efectos, o la utilización de la cartera de clientes de riesgos para prestar servicios abiertamente lucrativos en seguros generales, de vida, de automotores, etcétera.

A lo dicho cabe agregar que la principal “Mutua” española actúa en la Argentina a través de una filial que adopta la forma de sociedad anónima.

Asimismo, a pesar de regir el sistema de Mutualidad en Chile, se ha verificado el gravísimo accidente minero acaecido que, según coincidencia de diversos observadores, “el siniestro fue producto de la carencia de las mínimas condiciones de seguridad y la débil fiscalización del Estado sobre el trabajo minero para garantizar el derecho a la vida de quienes extraen el llamado ‘sueldo de Chile’”.⁵

El presidente del país hermano, al dar un discurso luego del histórico rescate de los treinta y tres mineros, afirmó que iba a revisar la legislación y los controles estatales en todas las industrias de Chile.

De tal modo, que el quid de la cuestión del debate en nuestro país, no es el de las distintas figuras jurídicas que se pudieren adoptar para el aseguramiento, sino la normativa, la presencia del control estatal en materia de prevención y la reparación adecuada del daño por parte de los responsables de su producción, que siempre actúa como una señal clara para que los obligados del sistema cumplan con los deberes de prevención, inhibiendo o reduciendo los riesgos laborales a su mínima expresión. En los casos extranjeros citados se trata de experiencias que tienen más de 40 años de funcionamiento.

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

4.1. El respeto al cúmulo amplio fijado por la CSJN

Quien ha sufrido un daño es privado de lo suyo. Ya sea en sus bienes patrimoniales o extrapatrimoniales, el dañante lo ha privado de lo que estaba bajo su titularidad, principalmente, la integridad psicofísica en los casos de infortunios laborales, de allí que deba ser indemnizado de modo íntegro. Pagar a medias, indemnizar parte y no todo el perjuicio, en los términos de causalidad del artículo 906 del Código Civil, no es un resarcimiento justo. De allí deriva la inconstitucionalidad de toda norma proyectada que proponga limitar caprichosamente la indemnización del trabajador a través del impedimento

⁵ Mónica González, enviada especial, Diario *Clarín*, 10/10/2010.

para acceder a la justicia y reclamar la reparación integral del daño sufrido. La indemnización realmente reparadora trata de volver a aquella situación anterior al menoscabo, recomponiendo económicamente a la víctima y dejándola indemne de las pérdidas patrimoniales o extrapatrimoniales padecidas.

La Corte Suprema, en toda la serie de fallos dictados (“Aquino”, “Llosco” y “Aróstegui”) ratifica el criterio de acumulación de resarcimientos, no en el sentido de que el trabajador o los derechohabientes cobren la totalidad de la reparación plena al empleador más la indemnización tarifada de la LRT, sino que el damnificado puede reclamar de la ART lo regulado por la ley especial y en forma paralela, sucesiva o conjuntamente puede demandar al empleador en razón de los daños y perjuicios no satisfechos por la indemnización tarifada, a través de la vía del derecho común, si es que –como ya se refiriera– se cumplen los presupuestos de la responsabilidad civil.

Corresponde que los demás poderes escuchen este mandato de la Corte Suprema, de modo tal que la reforma legislativa, en este tema crucial, no se aparte de esta doctrina emanada del Supremo Tribunal.

En este sentido, cabe destacar que el Grupo de Expertos en Relaciones Laborales convocado por el Ministerio de Trabajo mediante Resolución MTEySS 502/2005, para elaborar propuestas renovadoras en materia de derecho laboral, concluyó con respecto a este tema que: “[c]on relación al sistema de reparación de los daños provenientes de un accidente o enfermedad del trabajo, será indispensable tener en cuenta la doctrina de la Corte Suprema de Justicia (citan al caso ‘Llosco’) según la cual la percepción, por parte del trabajador, de las prestaciones que derivan de la Ley de Riesgos para resarcir la incapacidad permanente, no impide que ejerza su derecho a obtener indemnizaciones por la vía de la acción civil, sobre la base de que ambos regímenes legales (el especial y el derecho civil) resultan independientes”.⁶

Con el dictado de los fallos “Aquino” y “Llosco” por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación quedó sepultado el conocido criterio reformista de la ley, que respecto a la responsabilidad civil del empleador, planteaba la llamada “opción excluyente con renuncia”, que obligaba al damnificado a elegir 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, incluido los trabajadores, tienen derecho a una indemnización integral que, para que sea justa, debe cubrir todos los perjuicios, no pudiendo quedar ningún daño sin su adecuada reparación.

En la hipótesis de eximición de los empleadores de toda responsabilidad civil, en virtud de la elección con renuncia del damnificado, se consagra una excepción de personas, sólo por su modo de participación en el proceso productivo, con franca transgresión 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.

⁶ VALDOVINOS, Oscar y otros, *Grupo de Expertos en Relaciones Laborales. Estado actual del Sistema de Relaciones Laborales en la Argentina*, Rubinzal-Culzoni, p. 227.

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.

En consecuencia, ha quedado como doctrina firme el de la acumulación de las acciones tarifadas y civiles.

El sistema especial y la apertura de las acciones civiles pertinentes no representan, 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 los sujetos responsables.

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

El planteo reformista de la ley que propone la “opción excluyente” proviene de los obligados del sistema. Por ejemplo, el Dr. Daniel Funes de Rioja afirma la conveniencia de un sistema que “permita la opción civil pero de manera excluyente, para superar la situación creada a partir de las decisiones judiciales en la materia, tal opción debe tener un período claro, preciso y breve para su ejercicio”.

La invocación de las llamadas “decisiones judiciales” no significa otra cosa que la pretensión de licuar o desvirtuar los fallos de la Corte Suprema que corrigieron las inconstitucionalidades de la ley original.

No sólo se postula obligar a una elección inconstitucional al damnificado o a sus derechohabientes, sino que también se propone que dicha opción se efectúe en un lapso acotado de tiempo, cuando el estado de necesidad de la víctima pudiera llevarla en el contexto del infortunio a tomar decisiones apresuradas en contra de sus intereses, incluso, con la falta de patrocinio jurídico obligatorio, como es la situación actual.

Por otra parte, se retrocedería del escenario vigente en el cual no existe ninguna limitación temporal, ya que el trabajador puede accionar por la vía civil aun sin haber cobrado la indemnización por incapacidad permanente definitiva de la LRT e, incluso, puede acumular en una misma acción ambos reclamos.

Como sustento de exclusivo orden metajurídico para fundamentar la propuesta, se esgrimen los costos del aseguramiento y el aumento de la litigiosidad. Dichos argumentos no se condicen con la realidad.

El seguro de riesgos del trabajo tiene actualmente un costo equivalente al 3% promedio de la masa salarial, porcentaje fijado como deseable al inicio del funcionamiento del sistema.

4.2. El nuevo seguro civil voluntario

La previsibilidad de los costos de las condenas civiles se resuelve a través del aseguramiento diferenciado de la responsabilidad civil respecto de la tarifada, lo que es claramente posible.

La situación es similar a los siniestros por accidentes de tránsito, también de carácter masivo, donde se aseguran los riesgos y las víctimas gozan del acceso irrestricto a la justicia para reclamar el resarcimiento pleno de sus daños. A nivel comparativo, cabe destacar que la rama de responsabilidad civil de seguros generales tiene un índice de litigiosidad muy

superior al de riesgos del trabajo, según informa la Superintendencia de Seguros de la Nación para el primer trimestre del año 2011⁷

Seguros generales y responsabilidad civil	144.821
Riesgos del Trabajo	106.315
Mutuales	24.621
Seguros de retiro	5.080
Seguros de Vida	1.881
Total	282.358

En esta dirección recientemente por la Resolución N° 35.520/11 de la Superintendencia de Seguros de la Nación (SSN) ha regulado el seguro voluntario para los empleadores por responsabilidad civil por accidentes del trabajo, a los fines de dar cobertura a las condenas correspondientes a la Responsabilidad Civil del empleador motivada por Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales que excediesen las prestaciones dinerarias que perciba o deba percibir el trabajador en el marco de la Ley 24.557, en virtud del contrato de afiliación que el asegurado tuviera vigente con una Aseguradora de Riesgos del Trabajo (ART).

Como condición para la cobertura de la responsabilidad emergente del derecho común es indispensable que el empleador se encuentre afiliado a una ART, aclarándose que este seguro, en ningún caso, reemplazará las prestaciones que surgieran de la Ley de Riesgos del Trabajo (LRT).

Esta nueva resolución de la SSN, aunque tardía, desanda el tortuoso camino cursado hasta ahora con la prohibición de una línea de seguros por responsabilidad civil y admitimos que, es un avance racional y alentador para que los empleadores tomen previsiones sobre los riesgos de las condenas civiles. Se esté cumpliendo de esta manera lo ordenado por el art. 14 del decreto 1694/09, dictado el 5 de noviembre de 2009. Nunca debió impedirse esa posibilidad de aseguramiento, de los daños no cubiertos por la indemnización tarifada de la LRT, menos aun después del dictado del fallo “Aquino” de la Corte Suprema en setiembre de 2004.

Sin embargo, las limitaciones y exclusiones de cobertura en el sistema diseñado conspiran contra el éxito de la medida, a los fines de operar, en definitiva, como todo seguro debiera: *un método racional de acotar los riesgos*. Las limitaciones exorbitan los beneficios y exclusiones de coberturas de las aseguradoras que entren a este nuevo negocio asegurador, en desmedro de las garantías que lógicamente buscan los empleadores en resguardo de los riesgos que sus actividades productivas generan en sus trabajadores. En otras palabras, en una redacción compleja y de textura abierta, la resolución de la SSN promueve una cobertura que desampara al empleador en numerosos flancos que seguramente serán litigiosos, y cuanto menos corresponde aclarar desde el inicio estas limitaciones, para que los tomadores de esas pólizas conozcan fehacientemente cuáles son los tramos de responsabilidad cubiertos por este nuevo seguro y cuales no.

El límite de \$ 1.000.000 como techo de cobertura es insuficiente, máxime cuando las condenas por responsabilidad civil en muchos casos exceden dicho monto. En efecto, se puede verificar en la jurisprudencia de la CNAT, sobre todo en los supuestos de grandes incapacidades o mutilaciones padecidas por trabajadores jóvenes o en los casos de

⁷ SSN COMUNICACIÓN SSN 2901 01/08/2011

fallecimiento o en cualquier supuesto de trabajadores con elevados ingresos o especiales calificaciones laborales y extralaborales. Téngase en cuenta que la doctrina sentada en los fallos “Aquino” y Aróstegui” establecen una amplia cobertura a todos los daños que pueda acreditar la víctima o los derecho habientes en juicio que exceden el mero lucro cesante relacionado con los ingresos percibidos en el empleo en que ocurrió el infortunio.

El límite, por tanto, debería haber sido fijado en la suma de \$ 3.000.000 en forma similar a la de los siniestros por responsabilidad civil de automotores.

Tampoco es acertado el piso fijado en \$ 250.000, ya que este mínimo puede dejar sin cobertura al segmento comprendido entre el máximo de condena por la vía sistémica de la LRT, posiblemente en algunos casos inferior a esa suma, y el monto que debería afrontar el empleador a raíz de una condena a la reparación integral por la vía civil.

La Resolución de SSN también establece que si existiesen varias víctimas a causa de un mismo accidente, la aseguradora solo responderá hasta el máximo de la suma asegurada (\$ 1.000.000) que se repartirá proporcionalmente entre los distintos damnificados lo que constituye una desnaturalización del seguro, porque el juez condenará a cada trabajador según la entidad de los daños que sufriera cada uno y los perjuicios probados en juicio, con independencia de las disposiciones de esta cláusula de la póliza modelo.

De acuerdo con la redacción de la cuarta cláusula de la Resolución de la SSN quedan excluidas de la cobertura las enfermedades laborales extrasistémicas o “no enlistadas”, las cuales igualmente tienen acceso a una reparación sobre la base del derecho civil por la vía pretoriana, de conformidad con el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos “Silva, Facundo Jesús c/Unilever de Argentina SA”, que sentó la doctrina según la cual toda enfermedad laboral que tuviera un nexo de causalidad adecuado con la actividad laborativa desempeñada por el trabajador deberá recibir una reparación sobre la base del derecho civil, sin necesidad de su previsión en el listado cerrado de la Ley 24557 y sus decretos reglamentarios. La jurisprudencia de los tribunales inferiores es pacífica en aplicar esta doctrina, y son innumerables los casos que se dilucidan en el fuero del trabajo a causa de estas enfermedades laborales, ya que la fuga hacia el derecho civil se produjo precisamente por el carácter taxativo del listado y los requisitos extremadamente restrictivos de causalidad impuestos por la Ley 24557.

Obsérvese que en las estadísticas de la SRT solo se reconoce el 2% de enfermedades sobre el total de siniestros registrados en el sector formal, cuando es de público conocimiento y difusión -y la OIT lo ratifica-, que hay un predominio cuantitativo mayor de enfermedades que de accidentes traumáticos.

Tampoco es comprensible la exclusión de accidentes ocurridos en casos de que las víctimas sean menores y mujeres (arts. 176 y 195 LCT), que establece la Resolución de la SSN, ya que si bien se presume conducta dolosa del empleador la infracción a las normas protectorias con relación a estos supuestos, especialmente vulnerables, con más razón se debería brindar una cobertura de seguro ante riesgos de insolvencia patronal, evitando un desamparo total de las víctimas a la hora de cobrar sus créditos.

También se exceptúa de la cobertura por “culpa grave del asegurado” provocando cierta perplejidad dado que la cláusula de exclusión elude la responsabilidad de la aseguradora en cualquier condena por accidente donde se constate la producción del infortunio por los riesgos o vicios de las maquinarias u otros objetos, hechos sumamente frecuentes, generalizados y fundamento casuístico de la mayoría de las sentencias judiciales. El concepto de “culpa grave del asegurado” configura una redacción de textura abierta que promueve interpretaciones subjetivas y controversiales, y que injustificadamente darán lugar a exclusiones de cobertura de la aseguradora frente a infortunios comunes, desnaturalizándose así la función del seguro. El asegurado estará pagando su prima y nunca sabrá a ciencia cierta si en ocasión de un siniestro la aseguradora se hará cargo del pago de la indemnización como normal y razonablemente debería ocurrir.

La Resolución bajo análisis introduce una franquicia respecto del monto de la

indemnización que le corresponda percibir al trabajador que es de un mínimo del 5%, pero estableciéndose que se duplica la misma en caso que el evento dañoso se haya producido por incumplimiento del asegurado de la normativa de Higiene y Seguridad en el trabajo. Descartando, asimismo, la facultad de suscribir una póliza complementaria.

Si bien, por un lado este mecanismo pretende incentivar el compromiso al empleador en la realización de acciones de prevención tendientes a evitar o a disminuir los riesgos de infortunios laborales, por otro lado, este incremento al doble de la franquicia mínima será también objeto de interpretaciones litigiosas, ya que son muy numerosos los casos de condenas civiles por estos motivos y no es razonable disminuir la cobertura al asegurado duplicando la franquicia por este motivo, cuando se supone que paga su prima a los efectos de garantizar sus riesgos. En consecuencia, no sería muy aventurado prever que el 5% de franquicia que establece la nueva póliza se transformará en forma generalizada en un 10 por ciento.

Consiguientemente, con las objeciones expuestas el empleador estará sometido al álea de asumir los costos de una condena civil por reparación integral, aún después de haber abonado mensualmente la prima de seguro por responsabilidad civil, sin la cobertura del asegurador en los supuestos más frecuentes de producción del daño.

Estas circunstancias generarán conflictos entre asegurado y aseguradora sobre el alcance y la cobertura de la póliza en cada caso concreto.

Con lo cual, indudablemente, el diseño restrictivo del régimen proyectado favorece desmedidamente a la entidad aseguradora que cobra la prima y conspira contra el propio asegurado y el éxito del sistema de cobertura por responsabilidad civil.

Por todo lo hasta aquí mencionado, el mentado seguro desvirtúa su naturaleza ante las incontables exclusiones, excepciones, salvedades y sustracciones que impone para viabilizar la protección, razón por la cual se recomienda su revisión.⁸

4.3. La interpretación económica del derecho como fundamento de la restricción del acceso a la vía civil

El fundamento doctrinario de las posturas que proponen limitar el acceso a la reparación civil, provienen de la llamada “interpretación económica del derecho”, que coloca una mirada preferente no ya en las víctimas de daños injustamente sufridos, sino en los “dañadores”, en las empresas, que por la índole de su actividad son proclives a producir daños, pretendiendo disminución de la responsabilidad indemnizatoria, para estimular la producción y la generación de empleo.

Se trata de los mismos argumentos utilizados para justificar la flexibilidad laboral en la década del 90 (y la propia sanción de la LRT), cuya vigencia no impidió la recesión y finalmente el fenomenal colapso económico de principios de este siglo.

Por lo tanto, estos argumentos deslegitimados por la realidad, carecen hoy de fuerza de convicción.

Se ha esgrimido también como defensa de la propuesta de la “opción excluyente con renuncia”, que dicho mecanismo corresponde a una tradición legislativa en nuestro país desde la sanción de la ley 9688 en 1915 hasta 1995, cuando se dictó la LRT.

Este argumento pasa por alto varios “detalles” no menores. En primer lugar, la LRT

⁸ Para ver un análisis más profundizada de la Resolución SSN 35.520/2011 ver SCHICK, Horacio, “La regulación de la nueva póliza de seguros por responsabilidad civil por infortunios laborales”, La Ley, 22/02/2011, 1.

superó el sistema de opción de la ley 9688 por el de cúmulo, significando que las indemnizaciones tarifadas de la LRT fuesen consideradas a cuenta de las civiles, aunque el legislador de 1995 restringió la posibilidad sólo a un supuesto inexistente, como es el caso del artículo 1072 del Código Civil, es decir el caso del empleador “lombrosiano” que “a sabiendas y con intención” infligiera daño a su trabajador.

La declaración de inconstitucionalidad de la “trampa legal” del artículo 39, párrafo primero, de la LRT dictada en el fallo “Aquino”, habilita el nuevo escenario hoy vigente: el trabajador puede percibir las prestaciones dinerarias de la LRT y reclamar ante la justicia los plusperjuicios que sufre no contemplados en la tarifa. Se pasó del cúmulo restringido de la ley original al cúmulo amplio declarado por la Corte Suprema.

Quienes hablan de la tradición de 1915, como fundamento para regresar al sistema de “opción” vigente hasta 1995, están salteando precisamente en su análisis la jurisprudencia de la Corte Suprema, en especial los fallos “Aquino”, “Díaz c/Vaspia”, “Llosco” y “Aróstegui” que han superado las limitaciones de la ley de 1915 y han desarrollado, en todo caso, una nueva tradición: la constitucionalización definitiva del principio de no dañar, que también se aplica a los damnificados laborales, equiparando a los trabajadores a todos los habitantes de la Nación Argentina.

También se ha argumentado que la propuesta de la “opción” encuentra su apoyatura en que el trabajador se ve beneficiado en relación con los restantes dañados, amparados por el ordenamiento jurídico, al recibir con automaticidad e inmediatez prestaciones dinerarias y en especie, dentro de un sistema de seguro obligatorio, posibilidad que no gozan las demás personas que sufren siniestros de origen no laboral. Por tal motivo, se esgrime que la renuncia a la reparación integral se ve compensada por esta ventaja que otorga el sistema de riesgos del trabajo.

Esta apreciación es errada. Estos conceptos integran el daño emergente, que el régimen civil también exige al causante del daño, aunque con un diferimento temporal.

Precisamente en el considerando 5° del voto de los Dres. Petracchi y Zaffaroni, se señaló que en la comparación del régimen de la LRT con el del Código Civil, “cuadra advertir, a los efectos de dicha comparación, que las restantes prestaciones de la LRT, las llamadas “en especie” (art. 20, inc. 1 a, b y c), nada agregan a lo que el régimen civil hubiese exigido al empleador (v.gr. Fallos: 308:1109, 1116, consid. 8°). Otro tanto correspondería decir si se quisiera integrar al plexo de prestaciones, las previstas para la situación de incapacidad laboral temporaria y de provisionalidad de la incapacidad laboral permanente total (LRT, arts. 13 y 15, inc. 1, primer párrafo)”.

El mensaje de los jueces de la Corte hacia los legisladores fue claro, según se observa en el considerando 9° del voto de los Dres. Petracchi y Zaffaroni cuando señalaron: “que, si se trata de establecer reglamentaciones legales en el ámbito de protección de los trabajadores dañados por un infortunio laboral, el deber del Congreso es hacerlo en el sentido de conferir al principio *alterum non laedere* toda la amplitud que éste amerita, y evitar la fijación de limitaciones que, en definitiva, implican ‘alterar’ los derechos reconocidos por la Constitución Nacional (art. 28).

En definitiva y a diferencia de quienes quieren restringir el acceso a la reparación integral a través de la vía de la “opción excluyente” puede sostenerse como legítimo y científicamente acertado un sistema de mayor resarcimiento o de indemnización diferenciada, que aquel que se proyecte, por ejemplo, a otra víctima para la cual la capacidad física más elemental no lo sea todo.

V. La responsabilidad civil de las ART en la reforma de la Ley de Riesgos del Trabajo

La sentencia “Torrillo” de la Corte Suprema ha sentado la doctrina definitiva de que en el caso de que las aseguradoras no cumplan con la actividad diligente que les impuso el

legislador en relación a la prevención de los riesgos, pueden ser condenadas civilmente por los daños sufridos por el trabajador, que tengan un nexo de causalidad adecuada con las omisiones a los deberes de higiene y seguridad del trabajo, que hubiera incurrido la empleadora y que no fuera prevenido, fiscalizado, controlado o denunciado por la ART.

En consecuencia frente a la reforma de la LRT, manteniendo el criterio ya expuesto de que la misma deberá respetar en sus contenidos cada uno de los fallos de la Corte Suprema, a fin de no repetir situaciones de inconstitucionalidad y conflictividad deberá contenerse la doctrina del Fallo “Torrillo”.

Por lo tanto, en el nuevo diseño legal, deberán mantenerse los deberes legales que se les impongan a las ART, en relación a la prevención de los riesgos, los que para ser eficaces deberán estar sustentados en su responsabilidad civil plena frente a las víctimas por los daños que sus conductas omisivas generen, en la medida que exista un nexo de causalidad adecuada entre dichos daños y el cumplimiento deficiente de sus obligaciones.

VI. Las enfermedades laborales en la reforma de la LRT

Parece necesario, en el diseño del capítulo sobre 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.

Si bien nadie niega la existencia del objetivo primario de la prevención, lo cierto es 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 conduciría 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, teniendo el damnificado 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 fueron ejecutadas por éste”, según se afirmaba en el proyecto de reforma de 1998 de la Comisión de Legislación del Trabajo de la Cámara de Diputados de la Nación.

De acuerdo con este criterio, en el caso que el trabajador sufra una enfermedad no contemplada en el listado indicativo de enfermedades laborales, tendrá 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 éste se desarrolla hubieran obrado eficientemente como factor relevante y/o reagravante 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 una afección, surgiría una responsabilidad indemnizatoria, dada la relevancia que tiene el concepto de previsibilidad en materia de prevención y reparación de enfermedades del trabajo.

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 haber 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 legal la noción clara de reagravamiento que permita, en el caso de que aparezcan nuevas secuelas producidas por la misma enfermedad o accidente, que los trabajadores puedan actualizar su indemnización conforme a la evolución de su incapacidad.

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.

VII. Las prestaciones dinerarias, el pago en renta en la reforma legislativa

La ratificación de la inconstitucionalidad del pago fragmentado de las indemnizaciones por las altas incapacidades o la muerte, por parte de la Corte Suprema, está alertando al Poder Legislativo, a fin de que en la futura reforma legal de la LRT, no se insista con este sistema y se permita a las víctimas o sus derechohabientes, la percepción íntegra y en un solo pago de las indemnizaciones, tal 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 lo ha descalificado por completo, por afectar el ámbito de libertad de las personas para disponer de un capital que les 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.

También se considera conveniente mantener la eliminación –en el cálculo de las indemnizaciones de la LRT– de los topes legales, como lo ha dispuesto el decreto del PEN 1694/09, para los casos sometidos a su vigencia, ya que los techos lo único que han hecho, es abusar de la técnica de la tarificación, cabiendo la sustitución de este criterio por el establecimiento de “pisos indemnizatorios” *equitativos, razonables y ajustables*, 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.

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, LRT, que la ART debe brindar de por vida al trabajador, por haberse ocasionado en el infortunio indemnizado.

Cabe destacar que las indemnizaciones derivadas de un daño laboral son propiedad del derechohabiente, 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.

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 lo benefician como contraprestación al débito laboral y no, solamente, limitándose al “salario previsional” como establece el sistema vigente.

En el cálculo de todas las prestaciones dinerarias, para que éstas mantengan su valor a lo largo del tiempo, se deberán respetar los valores actualizados que le hubieran correspondido al damnificado de no haber ocurrido el infortunio. Es decir que, en los cálculos de los salarios por incapacidad laboral temporaria (ILT) y en las indemnizaciones permanentes, corresponderá computar en el Ingreso Base los aumentos y mejoras que hubieran beneficiado al damnificado por aplicación de una norma legal, convención colectiva de trabajo o decisión del empleador, en caso de no haber sufrido el siniestro.

También se considera conveniente elevar los cálculos matemáticos actuales de las indemnizaciones tarifadas en el siguiente sentido: “[d]eclarado el carácter definitivo de la Incapacidad Laboral Permanente Parcial (IPP), el damnificado deberá percibir una indemnización de pago único, cuya cuantía será igual a 70 veces el valor mensual del ingreso base, multiplicado por el porcentaje de incapacidad y por un coeficiente que resultará de dividir el número 100 por la edad del damnificado a la fecha de la primera manifestación invalidante”.

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, entre un 30% y un 50%.

Corresponde que la fijación de los intereses sea determinada por los jueces desde el acaecimiento del hecho, o ratificarse legalmente que los mismos deben computarse desde que se consolide jurídicamente el daño o desde el momento en que se consolide la Incapacidad Definitiva Permanente, de acuerdo con los distintos casos y hasta el momento del efectivo pago del crédito, desestimándose el criterio de cálculo a partir de la declaración judicial o administrativa reconociendo el derecho, decisión que sólo tiene carácter declarativo.

VIII. El procedimiento especial

Las Sentencias dictadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los casos “Castillo”, “Venialgo” y “Marchetti” constituyen un conjunto armónico que ha determinado, la inconstitucionalidad de los artículos 21, 22, 46 inc. 1 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.

En verdad el criterio adoptado por el Máximo Tribunal de la Nación de cuestionar integralmente el procedimiento de la LRT no puede llamar la atención frente a la claridad de los preceptos constitucionales. La fijación de la competencia judicial y la regulación del procedimiento forma parte de las materias no delegadas por las Provincias a la Nación, en consecuencia toda norma que dicte el Congreso Nacional que pretenda infringir esta zona de reserva, quebranta el artículo 5 de la Constitución Nacional y las reglas de los artículos 121 y 123 de la Constitución Nacional.

El Congreso Nacional, en la regulación del futuro régimen de accidentes del trabajo, deberá considerar lo dicho por la Corte Suprema en el sentido de que, siendo la materia de accidentes del trabajo de naturaleza de derecho común, los legisladores nacionales deben limitarse a regular el contenido material de la ley. El procedimiento y la jurisdicción que intervendrán en la dilucidación de los conflictos deben quedar reservados para ser legislados por cada una de las Provincias.

Por otro parte, es aconsejable en el caso de establecerse la existencia de una vía administrativa previa descentralizada excluyentemente especializada en riesgos del trabajo, ya sea a nivel Provincial como en el ámbito Nacional, que la misma sea voluntaria para el trabajador, de manera de no interferir en su derecho constitucional de acceso directo e inmediato al Juez Natural, derecho que -de más está decirlo- gozan las restantes categorías de dañados de nuestro ordenamiento jurídico, por lo que no cabe discriminar en tal sentido al trabajador.

Estos organismos voluntarios deberán estar constituidos por médicos y abogados, asegurando el amplio derecho de la participación en estos procedimientos a los galenos y letrados, que representan a las partes: trabajadores, empleadores y aseguradoras a los fines de garantizar el debido proceso.

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.

IX. Despido discriminatorio por motivo de un infortunio laboral. Protección legal

Una experiencia, lamentablemente frecuente, pone de manifiesto que trabajadores -que han padecido accidentes del trabajo- durante su recuperación -una vez vencido el período de la incapacidad laboral temporaria y con la determinación de la incapacidad permanente definitiva- son despedidos del empleo a pesar de que esas incapacidades no le impiden desarrollar un trabajo. Se trata de aquellas hipótesis en que el trabajador tiene una disminución parcial de la capacidad laboral y el empleador a pesar de disponer de tareas aptas y compatibles con el estado de salud del empleado, sin motivo justificado no se las brinda, incurriendo en una extinción arbitraria del vínculo. Esta situación está descrita en el artículo 212, párrafo 3º de la Ley de Contrato de Trabajo.

No se trata, por tanto, de los supuestos previstos en el artículo 212 párrafo cuarto de la LCT, ya que en estos casos el trabajador está incapacitado de forma absoluta y el contrato de trabajo se extingue por ese motivo, teniendo el dependiente, en este caso, el derecho a obtener la jubilación por invalidez, sin perjuicio del derecho a percibir la indemnización del artículo 245 de la LCT, más allá de las indemnizaciones provenientes de la LRT y la eventual responsabilidad civil del empleador y la Aseguradora de Riesgos del Trabajo.

Nos remitimos exclusivamente al caso del empleador que no asigna tareas compatibles con la nueva capacidad laboral del trabajador a pesar de disponer de ellas, por lo tanto, despide al dependiente y pretende cancelar su obligación con el pago de las indemnizaciones del artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo.

Las incapacidades que sufre el trabajador no le impiden desarrollar tareas laborativas, de modo que la desvinculación en este contexto es discriminatoria, violentando el principio de no discriminación amparado en nuestra Constitución Nacional en los arts. 14 bis y 16, y puede considerársela dispuesta como consecuencia de las secuelas incapacitantes que padece el damnificado como resultado del accidente laboral que sufriera trabajando para su empleadora.

La solución ofrecida por la LCT como respuesta tasada, resulta insuficiente y mezquina, ya que únicamente analiza de manera parcial el acto ilícito extintivo, pero no avanza sobre la conducta discriminatoria que trasunta tal accionar, teniendo presente que quien tiene necesidad de ayuda no debe ser rechazado sino protegido. Ello sucede con la facultad del despido mediante el pago único de la indemnización tarifada, siempre y cuando esa conducta se ciña a la esfera estrictamente laboral y no cuando excede dicho ámbito ni, tampoco, cuando incurre en una conducta particularmente disvaliosa al padecer el trabajador una grave enfermedad o, más precisamente, en las situaciones que estamos examinando -secuelas incapacitantes parciales derivadas de un infortunio laboral-, pues tal segregación laboral en estas circunstancias violenta -como ya se ha señalado- el principio de no discriminación amparado, entre otros, por los artículos 14 bis y 16 de la Constitución Nacional.

Estos despidos encubren actos discriminatorios y producen un serio daño en la vida del trabajador parcialmente incapacitado por un accidente o enfermedad profesional. Así, por ejemplo, el damnificado a los tres meses de esta cesantía carecerá de atención médica de su Obra Social (artículo 10, inciso a, ley 23.660), de la posibilidad de jubilarse por invalidez (porque no reúne los requisitos), como también de la posibilidad de acceder a un nuevo empleo, ya que su minusvalía le dificulta el acceso al mismo, lo que obviamente se muestra agravado por el contexto recesivo actual. Asimismo, el trabajador despedido se encuentra privado de la posibilidad de seguir aportando para poder acceder a su jubilación ordinaria.

En el contexto del desempleo y subempleo estructural instalado en nuestro país, una incapacidad del 30% de la total obrera, v. gr., no significa que el trabajador tiene sólo un 30% de menores posibilidades de acceder al empleo. En la competencia de un mercado de trabajo contraído, los empleadores optaran por contratar trabajadores plenamente sanos, descartando de la incorporación a los nuevos puestos disponibles a aquellos que tuvieran un déficit en su capacidad laboral. En consecuencia, para el cesanteado será total la imposibilidad de acceder a un nuevo empleo con ese 30% de minusvalía.

Por lo tanto, quienes se encuentran en una situación de inferioridad y más expuestos a ser segregados del mercado de empleo por presentar una disminución de su capacidad de origen laboral, deben tener una tutela específica contra los actos de discriminación.

La decisión ilícita debe ser reparada reponiendo las cosas al estado anterior al acto lesivo (art. 1083 del Código Civil) y, en tales condiciones, la necesidad de contar con un salario y cobertura de una obra social reviste gran importancia para la víctima. Por consiguiente, puede decretarse la nulidad del acto discriminatorio, instándose a la reincorporación del trabajador despedido junto con el pago adicional de las indemnizaciones por daños y perjuicios que sufriera el damnificado como consecuencia del despido por discriminación con motivo de su estado de salud, excediendo dicho resarcimiento, lógicamente, el marco tarifado del artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo.

Asimismo, el trabajador también podrá optar, según sea su voluntad, solamente por el reclamo de la reparación de los daños y perjuicios, ocasionados por un acto con

connotaciones discriminatorias, consintiendo en este supuesto el acto extintivo dispuesto por el principal.

La ley 26.378 (Adla, LXVIII-, 2240) en su artículo 1º aprueba “la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo aprobados mediante resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas A/ Res/ 61/106 el día 13 de diciembre de 2006, sumándose de esta forma a los Tratados de Derechos Humanos incorporados a la Constitución Nacional por vía del Artículo 75 inciso 22”.⁹

El artículo 1º de la misma señala que “[e]l propósito de esta Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales a todas las personas con discapacidad, incluyendo entre éstas últimas las que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales”.

De tal manera, la convención apunta a garantizar a las personas con discapacidad el ejercicio de sus derechos en igualdad de condiciones con las demás personas, tanto en materia de educación y salud como de trabajo.

Específicamente dispone:

Art. 4º: Los Estados partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por ese motivo.

El artículo 27 establece: Los Estados parte reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás; ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad. Los Estados parte salvaguardarán y promoverán el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquirieran una discapacidad durante el empleo, adoptando medidas pertinentes, incluida la promulgación de legislación, entre ellas:

a) Prohibir la discriminación por motivos de discapacidad con respecto a todas las cuestiones relativas a cualquier forma de empleo, incluidas las condiciones de selección, contratación y empleo, la continuidad en el empleo, la promoción profesional y unas condiciones de trabajo seguras y saludables; b) Proteger los derechos de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a condiciones de trabajo justas y favorables, y en particular a igualdad de oportunidades y de remuneración por trabajo de igual valor, a condiciones de trabajo seguras y saludables, incluida la protección contra el acoso, y a la reparación por agravios sufridos; c) Asegurar que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos laborales y sindicales, en igualdad de condiciones con las demás; d) Permitir que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a programas generales de orientación técnica y vocacional, servicios de colocación y formación profesional y continua; (...); k) Promover programas de rehabilitación vocacional y profesional, mantenimiento del empleo y reincorporación al trabajo dirigidos a personas con discapacidad.

Siguiendo con las disposiciones del art. 52 de la misma Convención: se prohíbe toda discriminación por motivo de discapacidad, debiendo los Estados garantizar a dichas personas protección legal, igual y efectiva contra la discriminación por cualquier razón.

La citada Convención coloca en cabeza del Estado obligaciones específicas, encontrándose comprometido a adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de

⁹ FERDMAN, Beatriz E. “Desigualdad arbitraria entre iguales. Despido discriminatorio por razones de enfermedad”, *Revista de Derecho Laboral*, 2, 2008, Discriminación y Violencia Laboral, Editorial Rubinzal Culzoni, p. 180.

otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos. Igualmente, deberá abstenerse de actos o prácticas que sean incompatibles con la Convención y tomar todas las medidas pertinentes para que ninguna persona, organización o empresa privada discrimine por motivos de discapacidad.

Asimismo, amén de la regulación específica contra el despido discriminatorio fundado en razones físicas, antes señalado, también es aplicable a la situación analizada la ley 23.592 que veda todo acto discriminatorio y, por consiguiente, considera que el mismo tiene un objeto prohibido (art. 953, Cód. Civil). Consecuentemente es nulo (art. 1044, Cód. Civil), por lo cual, sin perjuicio de repararse los daños producidos por ese acto nulo, se debe reponer el estado de cosas anterior al acto lesivo (art. 1º, ley 23.592 y art. 1083, Cód. Civil). La ley califica como actos discriminatorios “(...) a los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos”.

Se debe remarcar que la enumeración de los motivos de discriminación dispuesta por la ley 23.592, la LCT y las demás disposiciones citadas es meramente enunciativa y no taxativa, lo cual significa que está incluida en la prohibición toda distinción que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato de un trabajador fundada en un motivo arbitrario, como lo relativo al aspecto físico o, yendo ya al asunto *sub examine*, el hecho de que el dependiente haya sufrido un accidente de trabajo y su eventual inconveniencia en la prosecución del contrato laboral.

Pero hay que destacar que cuando la ley 23.592 alude a la discriminación por “caracteres físicos” no cabe duda de que se refiere a la discriminación por razón de enfermedad, de modo que también se encuentra comprendida dentro de las previsiones de la ley.¹⁰

La situación analizada además de los avances pretorianos requiere una nueva regulación específica coherente con la normativa referida, con derecho a reinstalación del trabajador despedido luego del alta médica después de ocurrido un accidente del trabajo con más los daños y perjuicios que pudiera acreditar en una acción sumarísima o estableciendo una fuerte indemnización tarifada independiente y acumulada a la derivada del artículo 245 de la LCT. También se puede optar por regular una indemnización tasada suficientemente disuasiva y acumulativa a la ya referida por el despido incausado de la LCT. Todo ello, a fin de dar una tutela especial al trabajador damnificado por un infortunio laboral.

X. Proyecto de Ley

En las tercera y cuarta edición de nuestra obra *Riesgos del Trabajo: Temas Fundamentales*, en un segundo anexo se presentó un Anteproyecto integral de reforma al régimen de infortunios laborales. El mismo tiene como antecedente relevante el proyecto de reforma a la Ley de Riesgos del Trabajo consensuado en el dictamen de mayoría de la Comisión de Legislación del Trabajo de la Cámara de Diputados de la Nación, en el año 1998. También, hemos considerado, entre otros: el Anteproyecto elaborado por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social en diciembre de 2008, los presentados por los diputados representantes de la CGT y de la CTA; y los trabajos desarrollados en el contexto de un intento de presentar un proyecto legislativo que unificara el pensamiento de las dos centrales sindicales, en los que he participado activamente. Finalmente, con el colega y amigo Alejandro F. Pereyra –con quien ya habíamos trabajado intensamente en el

¹⁰ Ibidem.

proyecto del año 1998– culminamos la elaboración del anteproyecto que publicamos, en el cual contribuyó, con sus observaciones y precisiones técnicas, el Ingeniero Alfredo López Cattaneo.

La diputada nacional Margarita Stolbizer, presentó el anteproyecto como proyecto de ley ante la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, junto a otros diputados de diferentes bancadas (fecha 5.07.2010, Expediente 4827-D-2010, Firman: Solbizer (GEN), Linares (GEN), Alcuaz (GEN), Millamn(GEN), Riobo (UCR), Carca (CC).

Esta propuesta refleja a nuestro entender el modelo de un régimen de reparación de infortunios laborales, que se adecua a las garantías constitucionales e incluye –tanto en sus contenidos sustanciales como procesales– lo señalado por la Corte Suprema en sus históricos pronunciamientos. Si bien en esta propuesta hay referencias complementarias a algunos aspectos preventivos, somos partidarios que los mismos deben principalmente estar contenidos en una ley separada, en este caso la importante ley 19.587 y sus decretos reglamentarios, junto con las Resoluciones de la SRT, a las que habría que adicionar la faltante reglamentación por parte de la Autoridad de Aplicación a la regulación específica en actividades que así lo requiriesen, como las de comercio, energía y transporte, entre otras.

Anexo: Cuadro sinóptico de las principales reformas a considerar

Prevención

1. Rol activo del estado, de la SRT, del MTEySS y de las autoridades provinciales que no han perdido la competencia, pero se han desentendido del problema. Los recursos de la SRT no son usados adecuadamente.
2. Las ART o las entidades que las sustituyan deben proseguir con sus obligaciones de prevención, además del de otorgar las prestaciones dinerarias y en especie (art. 20 LRT). Esto permite que sus incumplimientos las tornen responsables civilmente ante las víctimas. Este riesgo de condenas determina que las mismas fiscalicen más a sus afiliadas y denuncien a la SRT, para eximirse de la responsabilidad civil, esto es, para evitar condenas más allá del marco de la póliza. No hay que derogar estas obligaciones de prevención y convertirlas en meras cías. de seguro.
3. Control de recursos de las ART destinados a prevención.
4. Comités mixtos de higiene y seguridad en las empresas, sin que la colaboración de los trabajadores en dichos entes implique corresponsabilidad en el cumplimiento del deber de seguridad que es exclusivo del empleador y de la ART.
5. No hay derogar la ley 19.587, sino que debe mantenerse vigente, además de sostener las obligaciones de prevención de las ART. En lugar de dar un salto al vacío, es más prudente actualizar las reglamentaciones especiales en comercio, energía eléctrica, transporte. No es conveniente fusionar en una ley el sistema de reparación de daños con el de prevención.

Elevación de las prestaciones tarifadas

1. Coeficiente edad a 75; edad actual de vida activa, independientemente de los criterios previsionales, ya que la Ley de accidentes repara daños laborales.
2. Coeficiente 53 actual elevarlo a 70 o 100.
3. Ingreso base para la Incapacidad Permanente Definitiva también deber ser todo el ingreso del trabajador (similar al art. 208 LCT) y con el mismo criterio que se fijó en el Decreto 1694/09 para las indemnizaciones temporarias y provisorias.
4. Criterios de ajuste e intereses a lo largo del tiempo.
5. Mantener los pisos indemnizatorios en vez de topes, tal como ha hecho el decreto 1694/09, pero elevarlos y colocar una fórmula adecuada de reajuste.
6. Eliminación de los pagos en renta. Pago único en todos los casos. El trabajador decide autónomamente sobre su indemnización, como lo señaló la Corte en los fallos. “Milone” y “Suárez Guimbard”.

Responsabilidad civil del empleador

1. **Cúmulo amplio actual.** Sin ningún impedimento La reparación tarifada es el primer tramo de la integral. “Aquino” y “Llosco”. Acreditados ante los mayores daños no cubiertos por la tarifa deben ser resarcidos.
2. Deduciones sólo de las prestaciones por incapacidad permanente definitiva de la LRT. No deducción de los salarios por ILT, ni la cuantificación de las prestaciones en especie, ni la asignación por gran invalidez, rubros que están a cargo de las ART y que no son reclamados en el juicio civil.
3. La previsibilidad de dichos costos se resuelve a través del aseguramiento diferenciado de la responsabilidad civil respecto de la tarifada, de la misma forma que se aseguran los siniestros por accidentes de tránsito, también de carácter masivo, y cuyas víctimas gozan del derecho a la reparación integral y del acceso irrestricto a la justicia. Porque no se puso en la práctica hasta la fecha a pesar de que el Decreto 1694 lo habilitaba.

Responsabilidad civil de las ART

La responsabilidad civil solidaria de las ART, dispuesta por la Corte en el fallo “Torrillo” es un mecanismo eficiente de “premio y castigo”, de incentivación para que

como contraprestación a su finalidad lucrativa se ocupe “de verdad” para que se eliminen o reduzcan, sustancialmente, las causas y factores productores de siniestros.

Procedimiento

1. Comisiones médicas voluntarias locales exclusivas en accidentes del trabajo con apelación ante la Justicia laboral de cada jurisdicción creadas por cada legislatura provincial (“Castillo”, “Venialgo”, “Marchetti”). El Congreso solo puede regular el procedimiento en la CABA y aun así es discutido, para no invadir la zonas de reservas de las Provincias en la materia de reglar sus propios procedimientos y atribución de la jurisdicción competente.
2. Derogación de la Comisión Médica Central y de la intervención de la justicia federal y de la Cámara Federal de la Seguridad Social.
3. Derecho de la víctima al acceso directo a un tribunal competente, independiente e imparcial mediante un recurso efectivo y rápido, a niveles tanto nacional como internacional (artículos 25 y 8º de la Convención Americana de Derecho Humanos).
4. Patrocinio jurídico obligatorio en las comisiones médicas locales.

Enfermedades

Sistema mixto: lista cerrada complementada con un sistema abierto que permita el reconocimiento de las excluidas de la lista si se prueba su origen laboral la afección y que sea “consecuencia inmediata o mediata previsible del tipo de tareas desempeñadas por el trabajador o de las condiciones en que fueron ejecutadas por éste”.

Estabilidad contractual del damnificado

Penalizando el despido del trabajador accidentado frecuentemente cesanteado con el alta médica. Ejemplo: aplicarle la multa del despido por maternidad como mínimo.

Prestaciones en especie

Ente que controle la calidad de las mismas. Superar el déficit prestacional en materia de enfermedades y accidentes leves.

Mutuales

1. Solvencia y solidaridad 35.000 miembros
2. Deberá existir un diseño normativo con los mismos requisitos del autoaseguro y un control estricto sobre estas mutuales a los fines de evitar simulaciones de verdaderos sujetos lucrativos disfrazados de entidades sin fines de lucro.
3. ¿Sindicato puede participar en una ART? ¿ No existe colisión de intereses?
4. Lo relevante es la solvencia que deben tener esas mutuales para responder por las prestaciones en especie y dinerarias, de modo de no convertir a las víctimas laborales en variables de ajuste de los costos del aseguramiento de riesgos del trabajo.