

Título: Riesgos del trabajo distintas visiones sobre la gestión del régimen presente y futuro

Autor: Schick, Horacio

Publicado en: La Ley Online;

I. Introducción.- II. El fallo “Aquino”, la responsabilidad civil del empleador y “la opción.- III. Las enfermedades laborales.- IV. Las Comisiones médicas.- V. Acerca de la litigiosidad

Abstract: "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."

I. Introducción

De acuerdo a reiterados anuncios oficiales, es factible que en el próximo periodo parlamentario se sancione un nuevo régimen de infortunios laborales.

Por ese motivo existen distintas voces que hacen saber su opinión sobre los contenidos que debería incluir la reforma en ciernes.

Así recientemente, el Dr. Daniel Funes de Rioja ha publicado un artículo en esta respetada publicación de La Ley Online, efectuando algunas observaciones al régimen de riesgos del trabajo vigente.

En una parte de su trabajo efectúa una crítica a la trascendente jurisprudencia correctiva de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En su análisis, también trasunta la reiterada intención de los obligados de sistema de que la reforma legislativa en ciernes introduzca un viraje regresivo en relación a los importantes avances y conquistas de los últimos años.

Esta interpretación doctrinaria es la que ha despertado la inquietud del suscripto para brindar otro enfoque, con el que se intenta aportar al debate doctrinario en relación a la próxima reforma legal.

A propósito de esta discusión se considera que dicha modificación legislativa deberá contener como presupuesto insoslayable la trascendente jurisprudencia correctiva de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que con sus fallos históricos hizo colapsar los pilares de la ley, que más declaraciones de inconstitucionalidad tuvo en la historia de las instituciones jurídicas de nuestro país: la Ley de Riesgos del Trabajo (LRT).

Los fallos "Aquino", "Llosco", "Milone", "Castillo", "Venialgo", "Marchetti", "Suárez Guimbar", "Torrillo", "Aróstegui", "Lucca de Hoz", "Ascuá", "Carrizo", entre otros, cerraron un largo debate, perdido por aquellos que trataron de justificar ese cuerpo normativo y, paradójicamente, los mismos sectores que se beneficiaron con su aplicación inicial.

Las sentencias del Superior Tribunal de la Nación determinaron que actualmente rija un sistema de reparación de infortunios laborales sustancialmente protectorio y diferente a la ley original.

La Corte Suprema desenmarañó la compleja y tortuosa ley original, 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.

Uno de los aspectos más relevantes de la jurisprudencia 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 el artículo 19 de la Constitución Nacional, con la consecuente declaración de inconstitucionalidad del artículo 39, párrafo primero, de la LRT.

Es también importante recordar que la ley 24.557 estableció mezquinas indemnizaciones tarifadas, inferiores a los regímenes anteriores, con la imposición de percepción de las mismas en forma de renta, en los casos de altas incapacidades y de muerte.

Asimismo el régimen inicial estableció el cómputo de todas las prestaciones dinerarias de la LRT se efectuaba sobre la base del llamado "salario previsional". Por lo tanto, las prestaciones dinerarias se determinan sobre la base de sumas inferiores a la real remuneración del trabajador, en contradicción con la doctrina de la CSJN sentada en los precedentes "Perez c/ Disco" y "González c/ Polymat".

Además, al calcularse el valor mensual del ingreso base (VMIB) -Artículo 12 LRT- sobre las remuneraciones de los doce meses anteriores a la primera manifestación invalidante, no se computan los aumentos salariales y procesos inflacionarios que se producían durante ese lapso y hasta el momento del cobro de la liquidación final.

Las indemnizaciones no estaban determinadas en la LRT de modo neutral, y su combinación con inicios y desactualizados topes generales y parciales, implicaban una transferencia, de parte de los damnificados, hacia el sector de los responsables.

El cierre a los trabajadores de la posibilidad de acceder a una reparación civil de carácter integral, vulneraba un derecho existente desde la sanción del Código Civil.

También la ley 24.557 sustituyó a los jueces provinciales del Trabajo -que históricamente dirimían los conflictos en materia de accidentes - entre los trabajadores, 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.

La falta generalizada de reconocimiento de las enfermedades profesionales trajo, como consecuencia, que numerosos damnificados no accedieran a las prestaciones dinerarias y en especie de la LRT. De este modo las ART aligeraron indebidamente sus obligaciones y los empresarios no se consideraban obligados a subsanar los peligros para la salud, ni actuaban para mejorar el sistema preventivo de sus establecimientos. A su vez, las obras sociales y el sistema público debían hacerse cargo de la atención médica de los trabajadores por enfermedades laborales no reconocidas.

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 antes visto.

Quienes defienden el régimen original, sólo aceptando ligeras modificaciones de forma, no consideran ese escenario perjudicial inicial para los damnificados, pero en cambio critican la labor correctiva de la Corte Suprema y Tribunales inferiores.

Tampoco se considera que los trabajadores han recuperado derechos elementales tanto en lo sustancial, como en aspectos procesales, de tal modo que hoy rige un sistema esencialmente diferente de la ley original, prescripto por ella, más las trascendentes correcciones de la jurisprudencia de la Corte Suprema y la incidencia de los Decretos 1278/00 y el 1694/09 y su interpretación doctrinaria y jurisprudencial dinámica.

No hay incertidumbre para los damnificados, sino el reconocimiento de los derechos negados por los legisladores de 1995.

Nada dicen los defensores del sistema inicial, sobre los primeros ocho años de su vigencia, período durante el cual las víctimas recibían inicuas indemnizaciones y veían negados derechos humanos y constitucionales esenciales. En esos años, los obligados del sistema guardaron silencio e incluso aplaudieron el fallo "Gorosito", dictado en enero del 2002 por la Corte Suprema -en su composición anterior- que fue interpretada erróneamente por sus autores y defensores, como una definitiva legitimación de la Ley 25.557.

Fue la visión de un grupo de juristas y la iniciativa de un grupo de abogados de "a pie", los que con su labor tribunalicia persistente, fueron abriendo la brecha jurisprudencial que derivó en los célebres fallos "Aquino", "Castillo" y "Milone", "Silva", "Torillo" "Aróstegui", entre otros, los que produjeron la revisión profunda del sistema por parte del Máximo Tribunal de la Nación.

Las sentencias de la Corte no pueden ser interpretadas como un "inconveniente" para empleadores y aseguradoras. El respeto al derecho, siempre implica, un límite, un costo a los agentes dañantes, pero no puede desconocerse que estos pronunciamientos 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.

Como ya señalamos las sentencias del Supremo Tribunal, más las mejoras parciales del Decreto 1694/09, determinan la vigencia actual de un sistema más protectorio y diferente de la ley original, que debe ser recogido y profundizado por la reforma legal en ciernes.

Es decir, coincidimos en al sanción de una reforma, incluso hemos elaborado un proyecto de modificación legal, que tiene estado legislativo (1), pero disintimos con la intención manifiesta de los obligados del sistema y sus representantes, que postulan un viraje regresivo, en relación a los avances tutelares que han significado los fallos de la Corte Suprema de Justicia de Nación.

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.

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.

II. El fallo "Aquino", la responsabilidad civil del empleador y "la opción"

En el artículo del Dr. Funes de Rioja se afirma que el fallo "Aquino", constituyó un golpe significativo para

el Sistema de Riesgos del Trabajo, reivindicando a su vez como respuesta legal respecto a la acción civil a regular el de la opción excluyente, en vez del cúmulo abierto determinado por la Corte Suprema en los fallos "Aquino" y "Llosco", afirmando que existen reclamos exorbitantes y costas judiciales inabordables para las micro y pequeñas empresas.

Nuestro enfoque es diferente. La justa reparación del daño infringido al damnificado debe estar garantizada otorgando el resarcimiento integral por todos esos menoscabos sufridos por las víctimas laborales como persona humana, y no sólo el limitado lucro cesante proveniente del empleo en que ocurrió el siniestro. La Corte Suprema ratificó el criterio de reparación plena y acumulación indemnizatoria, de modo que el damnificado pueda reclamar a la ART lo regulado por la ley especial y al empleador, por los mayores daños y perjuicios sufridos no satisfechos por aquella, igual que cualquier otro dañado de nuestro ordenamiento jurídico.

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 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 los fallos: "Aquino", "Llosco" y "Aróstegui" ratificó el criterio de "cúmulo amplio", 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 mayores daños y perjuicios no satisfechos por la indemnización tarifada, a través de la vía del derecho común, si es que se cumplen los presupuestos de la responsabilidad civil y laboral.

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, estos son, entre otros: 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").

En igual sentido, 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"[\(2\)](#).

Ha quedado sepultado el criterio reformista de la ley, con el que insisten los obligados del sistema, de la llamada "opción excluyente con renuncia", que condiciona al damnificado a elegir entre la reparación tarifada o la emergente del derecho común, de tal modo que si percibe la primera, abdica del derecho a poder plantear la segunda.

La opción de elegir una de las dos acciones luce en los tiempos actuales como insostenible y discriminatoria y 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 sufridos.

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, 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 y laboral.

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 padecido.

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.

Incluso, se puede afirmar desde el ámbito del Derecho Civil más ortodoxo, que se podría justificar que los trabajadores tuvieran una indemnización superior a los restantes habitantes, sin recurrir al artículo 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 sólo cuentan con su fuerza de trabajo para participar del proceso productivo y obtener como sustento la remuneración alimentaria (3).

En el supuesto de que el trabajador renunciara a la acción civil, para percibir de la ART solamente la indemnización tarifada, el empleador se vería liberado, a cambio de nada, de su obligación de reparar daños causados por su responsabilidad.

No se trataría de un negocio bilateral donde las partes se efectúan concesiones recíprocas, sino lisa y llanamente el abandono, la pérdida o abdicación gratuita y unilateral por parte del trabajador de su derecho a una reparación integral sin ninguna ventaja jurídica para él, ni contraprestación por parte del deudor beneficiado con la liberación.

Por un acto unilateral y abstracto se produce la extinción del derecho o la ventaja jurídica que él poseía.

En la propuesta de la opción excluyente, el trabajador es obligado a efectuar una renuncia a título gratuito, es decir, no recibe ningún beneficio ni contraprestación de su empleador como consecuencia de este abandono. Solo recibe la indemnización tarifada a cargo de la ART, la que siempre tuvo derecho a percibir y que el empleador no está obligado a oblar.

Ahora bien, para efectuar tal negocio jurídico en el marco de un contrato de trabajo deben cumplirse los recaudos establecidos por el art. 15 de la LCT que legitima la transacción de negocios litigiosos siempre que implicara, que tal modo de extinción de la obligación configurase "una justa composición de los derechos e intereses de las partes" reconocida por la autoridad administrativa o judicial mediante resolución fundada.

Si el trabajador solo puede transigir, compensar o ceder derechos nacidos de normas no imperativas, cumpliéndose determinados requisitos, a pesar de tratarse de negocios que garantizan una contraprestación, con mucha más razón carecerá del poder de disponer y renunciar de aquellos a cambio de nada.

En consecuencia, con lo expuesto debería entenderse por nula e inválida la imposición al trabajador para que renuncie a título gratuito a sus derechos, liberando en forma total y absoluta a su empleador de su responsabilidad civil.

Como técnica legislativa puede aceptarse -y así lo proponemos- que los valores resarcitorios de la ley especial sean mejorados y elevados. Lo que es constitucionalmente inaceptable es que una disposición legal impida al trabajador el acceso a la justicia para reclamar una indemnización plena por todos los daños sufridos, que no fueron contemplados en la ley especial.

El fundamento doctrinario de las posturas –como la que se analiza- que proponen limitar el acceso a la reparación civil, proviene de la ya referida "interpretación económica del derecho", que coloca una mirada preferente no ya en las víctimas de daños injustamente sufridos, sino en los "dañadores", principalmente las empresas, que por la índole de su actividad productiva – aún lícita y consentida por la sociedad y generadora de desarrollo- son proclives a producir daños en terceros, consumidores, el medio ambiente, y en los trabajadores. Adicionalmente esta situación se agrava por el incumplimiento generalizado de las normas de higiene y seguridad.

El análisis económico del derecho según Mosset Iturraspe es: "la introducción de un criterio "consecuencialista" a la hora de interpretar y aplicar el Derecho sobre la base de una "pureza" en el razonamiento económico comparable a la "pureza" jurídica de la teoría de Kelsen, una y otra marginadas de los valores de la escala axiológica que termina de convencernos sobre la necesaria "impureza" del Derecho; siendo ese análisis más que una "tendencia" o una "orientación", un criterio que ya ha entrado en el discurso de los operadores jurídicos, a todos los niveles: legisladores, jueces y abogados, a contramano de lo que la cultura de nuestros pueblos considera justo, desconociendo valores fundamentales que queremos respetar"(4).

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.

Sólo por un elemental principio de justicia conmutativa los agentes dañantes que desarrollan una actividad productiva permitida por el Estado deben reparar plenamente los daños que su accionar ocasiona a los demás habitantes, entre ellos sus trabajadores.

También hay que recordar que la propia LRT original superó el sistema de opción de la ley 9688 del año 1915, 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 diabólico, 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.

La previsibilidad de los costos de las condenas civiles y la invocada protección de las pymes debe resolverse por medio del aseguramiento diferenciado de la responsabilidad civil.

En este sentido la Resolución de la Superintendencia de Seguros de la Nación N° 35550/11 reguló el seguro por responsabilidad civil voluntario para empleadores, aunque su finalidad se halla desvirtuado por las exclusiones y excepciones estipuladas, por lo que debe ser revisado, para dar una cobertura plena al asegurado y a los damnificados, además de darle un carácter obligatorio de modo de universalizarlo y reducir costos (5).

III. Las enfermedades laborales

El artículo 6° de la LRT estableció, aplicando un criterio hermético, rígido y autosuficiente, que sólo son enfermedades profesionales aquellas que se encuentran incluidas en el listado que elabora y revisa el Poder Ejecutivo Nacional, anualmente conforme al procedimiento del artículo 40 de la ley.

Esta esquema rígido, que motivó fuertes cuestionamientos intentó ser revertido con el dictado del Decreto de Necesidad y Urgencia 1278/00 que 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).

Frente a este escenario se fue abriendo paso una corriente doctrinaria y jurisprudencial que resultó mayoritaria, la cual afirmaba 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 señalaba se produciría una verdadera autorización a los empleadores para dañar, en abierta conculcación con el referido artículo 19 de la Constitución Nacional. Como contrapartida, se produciría el contrasentido de que el daño, al no ser reparado, sería absorbido por la víctima del siniestro.

La Corte Suprema en el fallo "Silva" y luego en "Moreno", sentó la doctrina definitiva de que "aunque una enfermedad laboral no esté incluida en el listado de enfermedades de la LRT, confeccionado por el PEN, pero se demuestre que dicha enfermedad está vinculada causalmente a la actividad laborativa, corresponde la indemnización sobre la base de las disposiciones del derecho civil".

El caso "Silva" no sólo cuestiona el listado cerrado del artículo 6°, párrafo 2°, de la LRT en su versión original, sino que también implícitamente descalifica la supuesta apertura del Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) 1278/00. En efecto, el DNU citado 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".

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

Por otra parte el creciente y sostenido cambio de los procesos técnicos y métodos productivos, unidos a la tardía inclusión de los resultados de las investigaciones médicas, psicológicas, sociológicas y ergonómicas, hacen que no exista una clara línea divisoria entre las llamadas enfermedades profesionales de aquellas que no lo son.

La estructura organizativa predispuesta para la producción de bienes y servicios que dispone el empleador, contiene situaciones para los trabajadores que, con la prestación de la actividad, hacen posible la concreción material del fin perseguido por el empresario-empendedor.

El riesgo que asumen diariamente los trabajadores es un estado necesario, no eludible y potencial para ellos. El empleador que crea esa situación de riesgo, debe prevenir y eventualmente afrontar el daño sufrido por su dependiente, así como asume el resto de los áleas de su actividad comercial o industrial: la competencia interna o externa o la incobrabilidad de sus créditos.

La coacción vital y social lleva al prestador de trabajo a incorporarse a la esfera de riesgos del dador de trabajo, asumiendo peligros y la posibilidad de un hecho generador de daños y compromete al empleador que, en forma lícita y permitida, crea riesgos o los pone en actividad.

Los Convenios 155 y 187 de la OIT y el Protocolo de 2002 también de la OIT, ratificados recientemente a través del dictado de las leyes 26693 y 26694, han incorporado nuevas de enfermedades profesionales, causadas

por agentes químicos, físicos y biológicos hasta enfermedades de origen respiratorio y de la piel, trastornos del sistema osteomuscular, mentales y del comportamiento y cánceres profesionales.

Además dichos convenios de la OIT incluyen puntos abiertos que permiten el reconocimiento del origen profesional de enfermedades que no figuran en la lista siempre y cuando se haya establecido un vínculo entre la exposición a los factores de riesgo que resulte de la actividad laboral y las enfermedades contraídas por el trabajador. En consecuencia el listado cerrado ha dejado de tener eficacia y ha sido sustituido por un nuevo criterio de reconocimiento y resarcibilidad abierto de acuerdo a cada caso concreto.

El mejor sistema para definir las enfermedades laborales en la futura ley, es el 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.

IV. Las Comisiones médicas

Afirma el Dr. Funes de Rioja que la existencia de las Comisiones Médicas no ha sido declarada inconstitucional por la Corte; lo que sí ha cuestionado nuestro Supremo Tribunal es la validez constitucional del art. 46.1 de la LRT, en cuanto establece que las resoluciones de las Comisiones Médicas son recurribles ante la justicia federal; ya que se trata de cuestiones de naturaleza local.

Por nuestra parte consideramos, que las Sentencias dictadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la tríada de fallos "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 también 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.

Este escenario jurisprudencial es pacíficamente aplicado por todos los tribunales del país. La vía especial diseñada por el legislador de 1995, donde el trabajador ocurre sin patrocinio jurídico ha quedado como optativa, y es utilizada por aquellos damnificados que no se asesoran debidamente y quedan sometidos a los designios de las aseguradoras y los cuestionados dictámenes de las comisiones médicas.

En verdad, el criterio adoptado por el Máximo Tribunal de la Nación de cuestionar íntegramente 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 5º de la Constitución Nacional y las reglas de los artículos 121 y 123 de la misma Carta.

Por tal motivo 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 deseara, en caso de no acordar con su ART, elija recurrir, antes de ingresar al ámbito judicial, a la vía administrativa previa. Por supuesto, en ambas hipótesis cabe garantizar la

revisión judicial amplia.

V. Acerca de la litigiosidad

Afirma el Dr. Funes de Rioja que los fallos de la Corte fracturaron la consistencia e integralidad del régimen, al establecer la inconstitucionalidad de diversos aspectos –en especial- el Art. 39 de la Ley 24.557, lo que ha dado una judicialización extrema del sistema, lo que considera una desviación patológica

En primer lugar cabe señalar que durante los primeros ocho años de vigencia del sistema en los que miles de víctimas recibían mezquinas indemnizaciones, no se escuchaban voces de reproche de parte de los obligados del sistema, la ley era ponderada y se guardaba silencio sobre su ignominia.

Se descalifica la labor de los letrados litigantes, omitiendo mencionar que sin los juicios que habían promovido estos "abogados de a pie", no se habrían dictado los fallos que corrigieron y modificaron a favor de los damnificados el inicuo e inconstitucional sistema diseñado en el año 1995.

Las injusticias de la ley original fueron reparadas a partir de los abogados que formularon s reclamos judiciales y fundaron los planteos de inconstitucionalidad admitidos por los tribunales inferiores y, después, por la jurisprudencia certera e histórica de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Como señaló el Dr. Julio Simón sin esos juicios nunca se habría hecho realidad la garantía consagrada en el artículo 19 de la Constitución Nacional, que sienta el principio de que nadie debe hacer daño a otro y si lo hace debe repararlo. Sin esos juicios se habría continuado dañando a los trabajadores sin reparar en su debida magnitud esos perjuicios, sin esos juicios se habría convalidado el atropello a derechos humanos fundamentales –la vida, la salud, la dignidad de la persona humana (6).

En suma, los juicios fueron y son el medio para que los damnificados recuperaran, por vía de la reparación integral, algo que habían perdido por la ley 24.557.

Se omite mencionar que la litigiosidad existente está directamente vinculada con la alta siniestralidad laboral que ocurre en nuestro país.

Sólo en el sector formal la SRT verifica alrededor de 635.000 infortunios del trabajo anuales. A este componente habría que agregarle otros 35% provenientes de los siniestros ocurridos en el sector informal no registrado, lo que totalizará la existencia aproximada real de 900.000 eventos dañosos anuales. A lo dicho hay que agregar que una parte significativa de las acciones judiciales se refieren a enfermedades laborales no reconocidas por las ART, ni por las comisiones médicas, corroborado el infraregistro de estas afecciones originadas en el trabajo, que caracteriza al sistema vigente, conforme también se comprueba en las propias estadísticas de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo (SRT).

Por lo tanto los reclamos judiciales existentes corresponden niveles razonables de litigiosidad propio de un sistema democrático con división de poderes, donde el acceso a la justicia es un derecho fundamental.

Las expresiones que estamos comentando lamentablemente coinciden con la campaña de descrédito hacia los operadores jurídicos, iniciada hace dieciséis años, por el entonces ministro Cavallo y las Cámaras Empresariales.

Estos ataques economicistas cuestionan la función de los abogados y el rol de la justicia. El telón de fondo lo integran el "desprecio por el Derecho" como normativa de convivencia, la subestimación de la actividad de los abogados – como desestabilizadora y contestataria- y el descreimiento en los jueces del Estado.

Se repiten críticas mediáticas y metajurídicas que vinculan las sentencias del alto Tribunal con el aumento desproporcionado 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. Las sentencias son igualmente cuestionadas, en alusión a la inseguridad jurídica y a la dificultad de interpretación, no alegadas cuando los damnificados estaban sometidos a la desprotección sustantiva y procesal de la norma original.

La situación es similar a los siniestros por accidentes de tránsito, también de carácter masivo, donde se aseguran sin inconvenientes los riesgos, y las víctimas gozan del acceso irrestricto a la justicia para reclamar el resarcimiento pleno de los daños padecidos. 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.

Ahora bien, la previsibilidad de los costos de las condenas civiles puede resolverse, no cercenando derechos de raigambre constitucional, sino por medio del aseguramiento diferenciado de la responsabilidad civil respecto de la tarifada como ya lo hemos señalado más arriba.

VI. Conclusiones y algunas otras propuestas

Finalmente, es preocupante que se insista en el reiterado recurso a la pedagogía de la repetición, es más, de la repetición de algunos sofismas para sembrar ideas y "sensaciones", desacertadas sobre la relevante cuestión social de la prevención y reparación de infortunios del trabajo.

Por nuestra parte, proponemos un sistema respetuoso de las garantías constitucionales y de los lineamientos de la Corte Suprema en sus históricos pronunciamientos, manteniendo y profundizando el sistema vigente de

seguro obligatorio, con el consiguiente deber de las aseguradoras de proseguir otorgando las prestaciones en especie y cumplir su rol en la prevención, fiscalización, control y capacitación actuales, mejorándose asimismo las prestaciones dinerarias, parcialmente corregidas por el decreto 1694/09.

También se considera conveniente mantener la reciente eliminación –en el cálculo de las indemnizaciones de la LRT– de los topes legales, ya que los techos lo único que han hecho, es abusar de la técnica de la tarifación, 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 de la 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 deberían transmitir sin excepción a sus herederos.

Es necesario considerar que el ingreso base para el cálculo de todas las indemnizaciones tarifadas por incapacidad permanente definitiva se asiente en la real e íntegra y actualizada retribución del damnificado, incluyendo las llamadas prestaciones no salariales que lo benefician como contraprestación al débito laboral y no, solamente, limitarse al "salario previsional" como establece el sistema vigente.

También se considera necesario mejorar la fórmula base actual de las indemnizaciones tarifadas por incapacidad permanente definitiva, elevando el coeficiente 53 a 70, y el de edad a 75, que es el promedio medio de vida de una persona en nuestro país.

La ratificación de la inconstitucionalidad del pago fragmentado de las indemnizaciones por las altas incapacidades o la muerte, por parte de la Corte Suprema, determina que en la futura reforma legal de la LRT, no se insista con esta modalidad 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 los demás resarcimientos por daños.

Los Convenios de la OIT ya referidos, de aplicación legal en nuestro país en virtud de las leyes 26.693 y 26.694 también ampliaron el concepto de accidente de trabajo designando como tales a los accidentes "que causen la muerte o produzcan lesiones corporales y ocurran en el recorrido directo entre el lugar de trabajo y el lugar en el que el trabajador suele tomar sus comidas; o el lugar en el que el trabajador suele cobrar su remuneración y la residencia principal o secundaria del trabajador".

Por lo tanto estas pautas deben ser tomadas en cuenta en la reforma, modificando el criterio de la LRT que definió los accidentes, restringidamente, como: "todo acontecimiento súbito y violento ocurrido por el hecho o en ocasión del trabajo".

El legislador sólo contempló la protección legal cuando se conjugaron las dos características del accidente: debía ser súbito y violento. Esta conjunción de los factores, en una interpretación restrictiva, lleva a no contemplar la reparación del siniestro cuando no se exteriorizan la violencia y la instantaneidad.

Por lo tanto en la reforma, el concepto de accidente debe limitarse a la definición de nuestra anterior tradición legislativa y jurisprudencial y las Convenciones de la OIT, por el hecho o en ocasión del trabajo incluyendo el *in itinere*.

El despido sin causa de numerosos trabajadores inmediatamente después del alta médica, trasunta en muchos casos un despido discriminatorio por motivo de un infortunio laboral. Esta situación requiere una tutela específica de los damnificados, evitando despidos de trabajadores que poseen incapacidad parcial permanente, por tanto pueden desarrollar tareas -iguales o distintas- a las desarrolladas antes del evento dañoso. 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 y despide al dependiente pretendiendo 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 en esos casos no le impiden desarrollar tareas laborativas, de modo que la desvinculación violenta 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 infortunio que sufriera trabajando para su empleadora.

Además la ley 26.378 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"[\(7\)](#). La citada Convención

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

Con respecto a la forma de gestión del régimen de reparación de infortunios laborales, la cuestión se vuelve relativamente 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 estatal, solvencia y reparación adecuada, dentro del sistema vigente de seguro obligatorio en un régimen de reparación de daños laborales.

La contradicción entre el fin de lucro de las ART y los objetivos declamados en la ley nos parece insuficiente como argumento crítico que plantee algo novedoso. Porque en realidad, en el sistema de la ley 9688, 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, 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 (8).

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 podrán 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.

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 del sistema vigente, de compleja implementación.

Con respecto a la intervención de los Sindicatos 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.

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 una confusión de intereses con su afiliado, el que a su vez en muchas ocasiones lo consulta frente a la ocurrencia de un siniestro?

Finalmente, el Estado, en sus instancias nacional y provincial, debería reasumir un rol 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, los órganos competentes deberán ser provistos de la infraestructura y los medios necesarios para que esa función sea efectiva.

En este sentido no parece adecuado derogar la de Higiene y Seguridad como se afirma en los considerandos del Decreto 1694/09.

La ley 19.587 es el primer cuerpo normativo completo que ha existido en nuestro país, la cual se ha ocupado 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).

Tampoco 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 Higiene y Seguridad, 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 y la energía.

En definitiva, las propuestas que sintéticamente se han esbozado, luego de responder otros enfoques, reflejan 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.

(1) En la 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. 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 05/07/2010, Expediente 4827-D-2010, Firman: Solbizer (GEN), Linares (GEN), Alcuaz (GEN), Millman(GEN), Riobó (UCR), Carca (CC).

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

(3) ALVAREZ, 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, 2004, p. 159.

(4) MOSSET ITURRASPE, Jorge, Responsabilidad por Daños, T. I, parte general, p. 111.

(5) SCHICK, Horacio, Riesgos del Trabajo. Temas Fundamentales, 4° edición, David Grinberg-Libros Jurídicos, 2011, pp. 619 y ss. David Grinberg-Libros jurídicos y SCHICK, Horacio, "La regulación de la nueva póliza de seguros por responsabilidad civil por infortunios laborales", La Ley, 22/02/2011, 1; Foglia Ricardo, El seguro de responsabilidad civil por infortunios del trabajo, DT, Octubre 2011

(6) SIMON, Julio César, "Los riesgos del trabajo y los juicios", en La Ley 08/09/2009, 1.

(7) 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.

(8) 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 Online.