

Voces: PROYECTOS DE LEY - RIESGOS DEL TRABAJO - ART - INDEMNIZACIÓN POR RIESGOS DEL TRABAJO - INDEMNIZACIÓN DEL DERECHO CIVIL POR RIESGOS DEL TRABAJO - INDEMNIZACIÓN TARIFADA - INCONSTITUCIONALIDAD - DEFENSA EN JUICIO - PRINCIPIO DE ACCESO A LA JUSTICIA - INCAPACIDAD LABORAL - INCAPACIDAD TEMPORARIA - INCAPACIDAD PERMANENTE - ALTERUM NON LAEDERE - COMISIONES MÉDICAS - IN DUBIO PRO OPERARIO - HIGIENE Y SEGURIDAD DEL TRABAJADOR - PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA - SEGUROS - RENUNCIA DE DERECHOS - TRANSACCIÓN - COMPETENCIA - RESPONSABILIDAD CIVIL - RENTA PERIÓDICA POR INCAPACIDAD - FALLOS DE LA CORTE SUPREMA - ENFERMEDAD LABORAL - HONORARIOS DEL ABOGADO - PACTO DE CUOTA LITIS - MUTUALES - SINDICATOS - DERECHO COMPARADO

Título: Reforma a la Ley de Riesgos del Trabajo. Análisis del proyecto del PEN con media sanción del Senado y del Decreto 1720/12

Autor: Schick, Horacio

Fecha: 11-oct-2012

Cita: MJ-DOC-6013-AR | MJD6013

Producto: LJ

Sumario: *I. Proyecto de reforma a la LRT. II. Tarifación del daño en materia de lesiones en el proyecto de reforma al Código Civil. III. Decreto 1720 sobre la creación de ART-mutuales. Gestión de las sociedades mutuales. IV. Consideraciones finales.*

Por Horacio Schick (*)

El jueves 4 de octubre ha tenido media sanción en el Senado de la Nación el Proyecto de Reforma a la Ley de Riesgos del Trabajo (LRT) 24.557, enviada por el Poder Ejecutivo Nacional bajo el título de "Régimen de ordenamiento de la reparación de los daños derivados de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales".

También el Gobierno Nacional sancionó el Decreto 1720/12, que regula y promueve la incorporación de un nuevo actor en la gestión de los riesgos del trabajo como entidades asociativas de seguros mutuos sin fines de lucro, que se denominarán ART-mutual. Estas se constituirán a través del procedimiento de la negociación colectiva entre las asociaciones sindicales con personería gremial, con asociaciones profesionales de empleadores o un grupo de empleadores. También se habilita la formación de las mismas en forma independiente por alguna de las asociaciones en los términos del art. 26 inc. 1 de la LRT.

Se efectuará a continuación un análisis preliminar de estas nuevas regulaciones

I. PROYECTO DE REFORMA A LA LRT

1. Consideración preliminar

La clave de bóveda de esta reforma es la reinstalación de la llamada opción civil excluyente con renuncia a la indemnización tarifada, con el agravante de derivar las acciones civiles a la justicia civil. Además se propone que, en dicho ámbito civil, no se deberán tener en cuenta los principios del derecho del trabajo sino la legislación de fondo, de forma y los principios correspondientes al derecho civil.

Esta redacción está «calcada» de la Ley 24.028, dictada en 1991 en pleno auge del tan denostado «neolaboralismo» y ratificada por el art. 46 de la Ley 24.557. De este modo, se contradice la profusa doctrina constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de daños laborales, en especial los casos "Aquino" y "Llosco", entre otros, modificando regresivamente el escenario actual, que admite el cúmulo amplio derivado de la declaración de la inconstitucionalidad del art. 39 párr. 1° de la LRT.

Llamativamente tampoco se tuvo en cuenta el dictamen del Grupo de Expertos en Relaciones Laborales convocado por el Ministerio de Trabajo, cuya titularidad ejerce actualmente el mismo ministro mediante Resolución MTEySS 502/05, para elaborar propuestas en diferentes temas en materia de derecho laboral. En riesgos del trabajo, el Grupo había dictaminado que: «Con 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» (1).

Por el contrario, la redacción del proyecto en este tema medular se hace eco de los reclamos de los obligados del sistema escuchados desde el dictado del fallo "Aquino" como, por ejemplo, el Dr. Daniel Funes de Rioja, quien ha afirmado reiteradamente 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, agregando que tal opción debe tener un período claro, preciso y breve para su ejercicio» (2).

También se establecen en el proyecto algunas mejoras a las indemnizaciones tarifadas por incapacidad permanente definitiva, que bien podrían haber sido dispuestas a través de un decreto, ya que el art. 11 inc.3 de la Ley 24.557 autoriza al Poder Ejecutivo Nacional a modificar el régimen de prestaciones dinerarias cuando las condiciones económicas lo aconsejen y permitan. Tal es el criterio que se aplicó para el dictado del Decreto 1694/09.

Sin embargo, como decíamos, el verdadero meollo de esta reforma parcial es quebrar el cúmulo amplio construido por la jurisprudencia de la Corte a partir de la declaración de la inconstitucionalidad del art. 39 párr. 1° de la LRT.

Según el art. 1, sigue vigente la Ley 24.557, así como los decretos del PEN 1278/00 y 1694/09 y demás disposiciones complementarias y reglamentarias en todo lo que no ha sido reformado por el proyecto.

Concordantemente interpretamos que la profusa jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictada en los fallos "Aquino", "Llosco", "Milone", "Castillo", "Venialgo", "Marchetti", "Silva", "Suárez Guimbard", "Torrillo", "Arostegui", "Lucca de Hoz", "Ascuá", entre otros, que

cerraron un largo debate de más de 12 años desde la sanción de la ley original hasta ahora, mantienen su vigencia y serán un pilar en la interpretación y el cuestionamiento de las disposiciones regresivas del nuevo régimen pronto a convertirse en ley.

A pesar de la relevancia de la temática que vino precedida por esta abrumadora jurisprudencia del Máximo Tribunal de la Nación, una vez más hemos asistido a un debate hermético y secreto de la reforma, circunscrito exclusivamente a las cúpulas empresariales, sindicales de un sector y de las aseguradoras, en lugar de promover un debate amplio y pluralista, donde pudieran intervenir también todos los especialistas, jueces y abogados, conocedores de las cuestiones controversiales de un régimen de infortunios laborales. También en el Senado, en una breve sesión, precedida por una única reunión de la comisión de legislación laboral, a la que solo fueron convocados por la presidencia de la Comisión quienes apoyaban el proyecto oficial (el ministro de Trabajo, el titular de la SRT, el dirigente metalúrgico Antonio Caló y el presidente de la UIA, Ignacio de Mendiguren), el Senado aprobó el texto enviado por el PEN, sin ninguna modificación sustancial, a excepción de la corrección de la derogación de los incs. 4 y 5 del art. 39 de la Ley 24.557. No fueron citados, a pesar del pedido de la oposición, los dirigentes de otras centrales sindicales que han criticado el proyecto como Hugo Moyano (3) y Pablo Micheli.

Este apresuramiento para tratar un tema que implica tantos intereses y ha merecido tantos pronunciamientos de la Corte Suprema, que son desoídos en la propuesta oficial, fue destacado en el debate en el recinto por numerosos senadores de la oposición.

Así, el senador Adolfo Rodríguez Saá señaló: «Por último, efectuaré una reflexión en cuanto al apuro por tratar este proyecto. No comparto lo que se hizo en la Comisión, no comparto el apuro por tratar este proyecto. Hoy, la Argentina tiene para tratar temas mucho más importantes que este. Sin embargo, había que tratarlo ya. No sé cuál era el apuro, pero cada vez que se trataron iniciativas neoliberales de flexibilización laboral o de este tipo, siempre hubo apresuramientos. Siempre hubo apuro para salvar de los juicios a los empresarios y no para pensar en la otra cara de la moneda, o sea, para solucionar los problemas de los trabajadores que sufren un accidente de trabajo, que debe ser una de las cosas más tristes de la vida» (4).

En sentido concordante, el senador Martínez (UCR) también fue elocuente en describir esta aceleración injustificable para tratar el proyecto al decir: «Debo aclarar sobre la forma en que se llevó adelante la firma de este dictamen. Un día jueves, a última hora, ingresó el proyecto al Senado de la Nación, el lunes fue feriado y el martes al mediodía tuvimos reunión de comisión. En dicha reunión vino el ministro Carlos Tomada junto con algunas personas de su gabinete; también tuvimos la presencia de algunos miembros del sector empresarial, como es el caso de De Mendiguren y de Wagner, y de algunos sindicatos en la persona del señor Antonio Caló, de la UOM, y de un representante de SMATA. En ese sentido, cuando íbamos avanzando en el tratamiento de este proyecto, recuerdo -producto de lo que había planteado la senadora Negre de Alonso y que por supuesto acompañé con absoluta convicción- que veíamos que había que incorporar en el debate, por lo menos para escucharlos, a otros sectores. Por ejemplo, en ese momento había que escuchar a la representación orgánica de los trabajadores a través de la CGT y de la CTA. Inclusive, propuse el nombre de algunos expertos abogados laboristas como es el caso del doctor Sappia, que luego concurrió, o de Cornaglia y otros. Lamentablemente, cuando estábamos culminando la charla, el senador Pichetto manifestó que creía que el dictamen ya estaba firmado» (5).

En la hiperactividad y la premura con que se elaboró el proyecto en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional, se propuso, como decíamos más arriba, en el art. 17 del proyecto, la derogación completa del art. 39 de la Ley 24.557, lo que implicaba derogar también los incs. 4 y 5 del art. 39 de la LRT. Esta eliminación completa del art. 39 constituía un despropósito, lo que fue advertido por el oficialismo en el Senado a último momento, motivo por cual quedaron derogados los incs. 1, 2 y 3 del art. 39 de la

Ley 24.557 y solo sobrevivieron como art. 39 los dos incisos de la LRT original, que señalan que:

«Si alguna de las contingencias previstas en el art.6 de esta ley hubiera sido causada por un tercero, el damnificado o sus derechohabientes podrán reclamar del responsable la reparación de los daños y perjuicios que pudieren corresponderle de acuerdo con las normas del Código Civil de las que se deducirá el valor de las prestaciones que haya percibido o deba recibir de la ART o del empleador autoasegurado.

»En los supuestos de los apartados anteriores, la ART o el empleador autoasegurado, según corresponda, están obligados a otorgar al damnificado o a sus derechohabientes la totalidad de las prestaciones prescriptas en esta ley, pero podrán repetir del responsable del daño causado el valor de las que hubieran abonado, otorgado o contratado».

Con esta única modificación, el oficialismo aprobó el proyecto por 41 votos, contra una minoría de 19 senadores que la rechazaron, pertenecientes al bloque de la Unión Cívica Radical, el Frente Amplio Progresista (FAP) y el peronismo disidente de la provincia de San Luis.

Tal fue el apresuramiento que ni siquiera fue aceptado el reclamo de distintos senadores opositores que propusieron, al final del debate, el voto en particular de cada artículo, dada la complejidad de la nueva regulación, que presenta además de los cuestionamientos de fondo también defectos técnicos e incoherencias, que terminarán siendo resueltos por la jurisprudencia.

El proyecto fue remitido a la Cámara de Diputados y, manteniendo el ritmo acelerado que se viene describiendo, también en ese ámbito, se convocó en forma unificada a las comisiones de Legislación del Trabajo, de Presupuesto y Hacienda y de Legislación General para el día 9 de octubre para tratar la media sanción del Senado. Asimismo, en la convocatoria girada a los diputados, se menciona que serán tenidos a la vista en el dictamen los diferentes proyectos que proponen una reforma integral de la Ley 24.557 presentados con anterioridad encabezados por los diputados Recalde, Héctor Pedro (Frente para la Victoria); Stolbizer, Margarita Rosa (GEN); De Gennaro, Víctor Norberto (Unidad Popular), así como los de otros diputados que formulan reformas parciales al régimen vigente.

2. Responsabilidad civil

A. Opción excluyente con renuncia

El proyecto, en su art. 4, reinstala la opción excluyente similar a la diseñada en el año 1915 por la Ley 9688, aunque con requisitos más restrictivos: «El principio de cobro de sumas de dinero o la iniciación de una acción judicial en uno u otro sistema implicará que se ha ejercido la opción con plenos efectos sobre el evento dañoso. Las acciones judiciales con fundamento en otros sistemas de responsabilidad solo podrán iniciarse una vez recibida la notificación fehaciente prevista en este artículo. La prescripción se computará a partir del día siguiente a la fecha de recepción de esa notificación».

Sin fundamento ni otra pretensión más que obstruir la libre actuación del trabajador accidentado, se determina que el damnificado solo podrá iniciar su reclamo judicial una vez notificado, por los órganos administrativos del sistema, de los importes que le corresponden percibir por las indemnizaciones tarifadas de la ley.

Esta opción excluyente con renuncia implica que si el trabajador percibe las indemnizaciones por incapacidad permanente del régimen tarifado, se ve privado de accionar por los mayores daños que le correspondan por el derecho civil y que no se hayan incluido en la primera. Se trata de un retroceso altamente gravoso para las víctimas, pues se impide al trabajador percibir la reparación tarifada y aspirar a una sentencia que reconozca el daño mayor también sufrido, es decir, a una reparación justa

que se le reconoce a los demás dañados del ordenamiento jurídico (v. gr. accidentes de tránsito, de transporte, daños ambientales, mala praxis médica, entre otros).

A su vez, si inicia la acción civil, está impedido de percibir la indemnización del régimen especial.

El diseño legal propuesto abusa del estado de necesidad de la víctima forzándolo a cobrar rápido y sin cabal conocimiento de que esa percepción que repara parcialmente el resarcimiento le impide precisamente el acceso a un resarcimiento mayor como rige en la actualidad si es que existen plus perjuicios no contemplados en la tarifa y se acreditan los presupuestos de la responsabilidad civil y laboral.

En efecto, no solo 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 puede llevarla, en el contexto del infortunio, a tomar decisiones apresuradas en contra de sus intereses, con el agravante de la falta de patrocinio jurídico obligatorio que existe en el procedimiento de la LRT, criterio anacrónico y vastamente cuestionado, pero que continúa sin modificación en el proyecto, vulnerándose nuevamente el principio de defensa en juicio.

Se impone al damnificado una espera -inexistente en la actualidad- de modo tal que solo podrá promover una acción judicial una vez notificado, por los órganos administrativos del sistema, de la propuesta indemnizatoria del régimen especial. Esta restricción temporal para ejercitar libremente su derecho constitucional a recurrir a la Justicia configura una práctica que induce al damnificado a cobrar el ofrecimiento de la aseguradora sin un conocimiento pleno de que esa percepción determina la pérdida del derecho a un resarcimiento integral y violenta su derecho al acceso inmediato a la Justicia, sin necesidad de esperas y demoras.

Una de las garantías constitucionales esenciales es precisamente el acceso directo a un tribunal competente mediante un recurso efectivo y rápido y el derecho a ser prontamente oído por dicho tribunal, independiente e imparcial (arts.8 y 25 de la Convención Americana de Derecho Humanos).

Si el trabajador percibe la indemnización tarifada de la ley, determina que ha renunciado a la acción fundada en el Código Civil. Es decir, se lo priva lisa y llanamente de recibir una reparación plena de la que gozan los restantes habitantes de nuestro país.

Se facilitan con esta regulación acuerdos lesivos y fomenta actos de patología jurídica, pues el trabajador que actúa bajo estado de necesidad ve acentuada su habitual hiposuficiencia negocial en las instancias posteriores a un infortunio laboral.

Se trata de un abierto viraje regresivo que contradice abiertamente la jurisprudencia del Más Alto Tribunal de la Nación del fallo "Aquino", que consagró en forma definitiva el carácter constitucional del derecho a la reparación plena y el otorgamiento de igual rango al principio alterum non laedere, que prohíbe a los hombres dañar los derechos de un tercero, interpretando así el art. 19 de la Constitución Nacional, al mismo tiempo que declaraba inconstitucional el art. 39, párr. 1º, de la Ley 24.557, que solo habilitaba la vía civil en el supuesto inexistente de encuadrarse la conducta del empleador en la intencionalidad dolosa de dañar descripta en el art. 1072 del Código Civil.

A lo dicho en "Aquino", sumado al fallo "Llosco", se deriva claramente que el trabajador que haya sufrido daños no resarcidos por la ART, por no estar contemplados en el referido régimen tarifado, puede demandar al empleador esos plus perjuicios si es que se acreditan los presupuestos de la responsabilidad civil, sin perjuicio de conservar el derecho de percibir a cuenta la indemnización especial por incapacidad permanente, que es irrenunciable para el damnificado (art. 11 LRT).

El trabajador puede demandar civilmente al empleador planteando la inconstitucionalidad del art. 39, párr.1º, de la LRT, sin perjuicio de reclamar por la vía sistémica a la ART, en forma previa o simultánea, el cobro de las indemnizaciones tarifadas de la LRT.

Este retroceso normativo afecta además el principio de progresividad, de indudable jerarquía constitucional, el que fuera destacado por el Máximo Tribunal de la Nación, entre otros, en el fallo "Arcuri" decidido, en el cual se reafirmó la vigencia del principio de progresividad, también de indudable aplicación al régimen de accidentes del trabajo como fuera destacado, entre otros, en los célebres fallos "Aquino" y "Milone". En los considerandos 14 y 15 del caso "Arcuri" se expresó: «14) Que es el reconocimiento del principio de progresividad en la satisfacción plena de esos derechos el que ha desterrado definitivamente interpretaciones que conduzcan a resultados regresivos en la materia (arts. 26 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y considerando 101 del voto del doctor Maqueda, en Fallos: 328:1602).

»15) Que sería estéril el esfuerzo realizado por el legislador para cumplir con la obligación establecida en el art. 11 del Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Protocolo de San Salvador), en cuanto exige que los Estados parte adopten todas las medidas necesarias hasta el máximo de los recursos disponibles para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos sociales, si por vía interpretativa se sustrajera de esa evolución a quienes se encuentran en situación de total desamparo por aplicación de leyes anteriores que establecían un menor grado de protección, máxime cuando se encuentra demostrado que el causante y, por ende, su viuda, reúnen los requisitos necesarios para el reconocimiento de los derechos pretendidos, según han sido previstos en el actual esquema normativo» (6).

La regresividad que trasunta el proyecto en materia de derechos de los trabajadores también fue señalada en el debate por el senador Gerardo Morales (UCR), quien afirmó: «La verdad es que el oficialismo queda atrapado en esta gran contradicción: un gobierno que se dice progresista pero que en el fondo genera este proyecto que es de neoliberalismo explícito. Eso es un claro retroceso. Por lo tanto, este proyecto no mejora sino que empeora la situación. Además, no aborda el problema central de la prevención que toda la doctrina, toda la jurisprudencia y los pactos internacionales recogen como la materia primaria. Tampoco aborda los derechos establecidos en la Constitución. Realmente, escuchar estos conceptos y escuchar a Cavallo en la década de los 90 defender la flexibilización laboral y la Ley y Riesgos de Trabajo es más o menos lo mismo» (7).

Cuando en los fundamentos del proyecto y así sus defensores mencionan la tradición de 1915 como fundamento para regresar al sistema de «opción» vigente hasta 1995, están saltando precisamente en su análisis la jurisprudencia de la Corte Suprema, en especial los fallos "Aquino", "Díaz c/ Vaspia", "Llosco" y "Arostegui", 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.

En definitiva, el beneficio de cumplir con los elevados propósitos de automaticidad y celeridad del otorgamiento de las prestaciones perseguidos por un sistema tarifado de riesgos del trabajo (cubriendo con prontitud el «daño emergente»), de ninguna manera, puede convalidar la decisión carente de juridicidad de privar al damnificado laboral de tener la posibilidad de acceder a la justicia para reclamar la reparación integral si se cumplen los presupuestos de la responsabilidad civil.

En los fundamentos expresados por el Poder Ejecutivo Nacional al enviar el proyecto al Senado, se evalúa como positiva esta imposición regresiva al afirmarse que: «Debe ser destacada por su singular importancia la gran diferencia existente entre la opción propuesta y la prevista en el antecedente

mencionado: mientras que en el pasado régimen se optaba a partir del momento mismo del accidente o toma de conocimiento de la enfermedad y sus consecuencias invalidantes, ahora se plantea realizarla una vez que se hallan brindado todas las prestaciones médicas y cobrado todos los salarios en período de curación. La asistencia a la víctima sin alteración de su salario será la base sobre la cual se asentará la decisión libre del damnificado».

Nunca durante la vigencia de la Ley 9688, la percepción de los salarios por incapacidad temporaria hasta el alta o la recepción de atención médica del empleador o su aseguradora se consideró como el ejercicio de la opción por la acción tarifada y la renuncia a la acción civil. Solo actuaba como impedimento la percepción de la indemnización por incapacidad permanente. El actual proyecto del PEN es más restrictivo al obligar a la víctima a esperar el dictamen de las CC. MM. cuando en los regímenes anteriores el procedimiento administrativo era voluntario. En cambio, el proyecto impone agotar esa vía administrativa con carencia de asesoramiento letrado.

Por otra parte, se retrocede respecto 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 pero -claro- deduciendo, de la reparación integral, la tarifa por incapacidad permanente definitiva percibida o a percibir.

Finalmente el otorgamiento de las prestaciones en especie, que con la Ley 24.557 son obligatorias y antes eran optativas, no justifican la propuesta regresiva de espera a la determinación de la incapacidad definitiva por parte de los órganos del sistema. Durante la vigencia de la Ley 9688 y en el escenario jurisprudencial actual, la víctima puede accionar sin ningún impedimento. Lo lógico y acostumbrado es esperar el alta médica o la consolidación jurídica del daño, para iniciar las acciones judiciales, por cualquier vía o ambas a la vez.

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 en el fallo "Aquino" 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 este amerita, y evitar la fijación de limitaciones que, en definitiva, implican "alterar" los derechos reconocidos por la Constitución Nacional (art. 28)».

Evidentemente el mensaje no fue receptado por quienes enviaron y vienen aprobando el proyecto.

No podemos dejar de señalar la existencia de opiniones que, si bien no comparten el régimen de opción, afirman que no es inconstitucional.

Así el Dr. Miguel Ángel Maza afirma que: «En cuanto a la reimplantación de la opción renunciativa o excluyente entre la reparación tarifada de la ley especial o la integral del derecho común, no vemos en principio que sea pasible de ningún cuestionamiento constitucional -de hecho, la opción funcionó válida y eficazmente durante 80 años en nuestro país- aunque nos resulte inexplicable y decepcionante que un gobierno que se auto califica de progresista -y, de hecho, lo es en muchos aspectos- retroceda en este punto, aunque este retroceso resulte un progreso respecto de la Ley 24.557. Lo esperable hubiese sido a esta altura del siglo y de la evolución del derecho en el mundo entero avanzar hacia el cúmulo sucesivo de acciones, que sin lugar a dudas resultaría mucho más equitativo y adecuado en el marco de los principios del derecho del trabajo y de la política social, incluyendo dentro de estos últimos al principio de progresividad. Por otra parte, el cúmulo de acciones fortalecería el sistema de la Ley 24.557, mientras que la opción renunciativa lo debilitará progresivamente. Cuanto menos era esperable que se hubiese exigido para validar la opción el patrocinio letrado, que significaría al menos un avance en relación al régimen de opción de los arts. 17 de la Ley 9688 y 16 de la Ley 24.028 y aseguraría que

la elección que los trabajadores puedan hacer sea con pleno conocimiento de aquello por lo que optan y de lo que renuncian» (8).

Desde otro ángulo, vinculada a la representación jurídica de la Unión Industrial Argentina, se ha ponderado la propuesta oficial al señalar: «En tales condiciones, hemos venido propiciando desde ya hace varios años que, como única alternativa a la gran incertidumbre creada a partir de la llamada "doble vía" -o sea la acumulación de la Ley de Riesgos del Trabajo y la acción civil-, debía regularse expresamente la definición de la opción excluyente. Es decir que el trabajador debe optar entre cobrar las rentas e indemnizaciones y demás prestaciones del sistema o recurrir a la Justicia (no al cúmulo). El proyecto anunciado por el PEN y remitido al Congreso para su tratamiento, enmarca este debate en una solución de equidad y constitucionalidad inobjetable al plantear concurrentemente la figura de la opción excluyente, es decir abriendo la vía judicial para el caso de que el trabajador opte por la misma pero al mismo tiempo ello implica la renuncia al seguro (y viceversa), mientras que como contrapartida -también disuasoria de la litigiosidad- establece un sistema de adecuación automática de las prestaciones dinerarias a favor del trabajador, a la par que limita los honorarios profesionales y contempla una mayor equidad de las alícuotas y ordenamiento de las mismas al igual que los costos de las ART, en la medida que ellas constituyen verdaderos agentes de la seguridad social» (9).

No se coincide con estas opiniones. La cuestión del cúmulo amplio ha sido largamente discutida y la jurisprudencia de la CSJN ha determinado doctrinas definitivas y clarificadoras en los precedentes "Aquino", "Llosco" y "Cachambí", de modo que no existe margen de interpretación alguno para sostener que la aceptación o percepción del damnificado o sus derechohabientes de las prestaciones reguladas en la ley especial les impide el acceso a la vía de la acción civil.

Así lo recordaba también la senadora Escudero (peronismo disidente de San Luis): «En el art. 4° del proyecto se establece que si el trabajador opta por la vía judicial, tiene que escoger la vía civil en cuanto a legislación, proceso y principios, con lo cual excluye de esta materia el principio del derecho laboral in dubio pro operario. Esto es inconstitucional, porque en el caso "Llosco" la Corte consagró la legitimidad de la doble vía. Por lo tanto, el art. 4° de este proyecto, en cuanto establece la opción excluyente, contradice justamente la doctrina de la Corte en el caso "Llosco"» (10).

En idéntico sentido y con nítida concepción jurídica se expresaba el jefe del bloque de la UCR, senador Petcoff Naidenoff, al afirmar que: «A medida que analizamos este proyecto, este nuevo ordenamiento que se pretende para lograr criterios de justicia para los trabajadores, nos encontramos con profundos retrocesos. El art. 4 -acá se ha dicho con mucha vehemencia en realidad es una falsa opción, ya que no hay opción, es un callejón sin salida. Porque si un trabajador ha perdido su capacidad laboral, tiene a cargo hijos menores, su cónyuge no tiene capacidad laboral y la empresa no puede continuar efectivizando su remuneración mensual de manera habitual, yo me pregunto cuál es la opción de ese trabajador. ¿Qué opción tiene ese trabajador para decir que opta por la indemnización de la Aseguradora de Riesgos del Trabajo, o acude a la vía civil? ¿Cómo sobrevive ese trabajador? Digo esto, porque parece que estamos discutiendo solo acerca de trabajadores calificados y no todos los trabajadores lo son, ni todos tienen la capacidad de aguantar como para decir "No hago uso de esta opción y recurro directamente a la vía civil". Por lo menos, hablo de algunas pequeñas y medianas empresas de las regiones NEA y NOA de la Argentina. No todos tienen una mirada como la de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Esta no es una opción o, mejor dicho, es una opción con un carácter fuertemente extorsivo. Y si hay una opción con carácter extorsivo que quita el criterio igualitario, lógicamente estamos hablando de una ley o de una opción que perjudica a los propios trabajadores. Pero no solamente atenta contra los trabajadores en el contexto de la opción, sino que echa por tierra el principio de la progresividad, sobre el que se explayó con mucha vehemencia la senadora Sonia Escudero, cuando hizo referencia al Pacto de San José de Costa Rica, y lo que significa la progresividad en materia de derecho laboral. La progresividad es el fallo "Aquino". Es decir, cuando uno demanda concretamente la ampliación de un derecho, porque este es cercenado por un criterio

estricto de la norma, como el fijado por la Ley 24.557 que impide una reparación integral, y la Corte establece justamente el criterio de la reparación integral. Ese es el criterio de la progresividad; este implica, de alguna manera, como algunos lo denominan, un principio de irregresividad, que significa la exigencia irrestricta de que los derechos laborales mantengan una secuencia invariablemente creciente. Digo esto, porque el oficialismo se ha jactado de que en los últimos años este país ha crecido a una tasa promedio del 8 o 9 por ciento anual. No estoy hablando de situaciones de crisis; me refiero a un derecho progresivo en un contexto de crecimiento. Entonces, ¿qué es lo que se pretende? Lógicamente que hay un acuerdo que le cerrará a un sector de la industria y a algún sector de los trabajadores también le cerrará la opción, pero en desmedro de una vía judicial que en definitiva fue un gran logro, una gran conquista de los propios trabajadores a través de la interpretación de la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación» (11).

En sentido cuestionador de la opción excluyente con renuncia, también se pronuncia el Dr. Rodríguez Mancini, quien ha expresado que: «En cambio, parece no admitirse en la posición del Poder Ejecutivo que, distinto a ese reconocimiento, es sostener que el trabajador víctima debe dejar de percibir lo menos para demandar lo más. Esto es lo que declara inconstitucional "Llosco" y "Cachambí". La opción excluyente no se puede imponer» (12).

Si bien este notable jurista coincide con el proyecto en que el damnificado debe esperar el dictamen del órgano especializado, criterio con que no se coincide, sí admite que luego de este trámite puede accionar por los mayores daños no satisfechos por la tarifa. Así dice: «Esta formulación de la Corte no impediría sin embargo que la ley exigiera que antes de la acción civil, el trabajador o los derechohabientes transiten obligatoriamente los pasos previstos en el régimen especial para obtener las prestaciones propias del sistema y solo después de culminar aquellos, si aprecia insuficiente la reparación dineraria y el conjunto de las prestaciones recibidas, quede en libertad de acudir a los tribunales ejerciendo la acción civil de reparación. Tal lo que propuse en otro trabajo estableciendo como condición para el acceso a la vía judicial por esa acción, el agotamiento de las instancias administrativas y eventualmente judiciales para obtener de la ART responsable las prestaciones aseguradas. Esta restricción estimo que simplemente ordenadora y no restringe indebidamente el derecho de acceso a la justicia plena» (13).

La opción es simplemente una pretensión interesada de los obligados del sistema, a la cual se allanan los poderes del Estado. Sin ningún sustento, jurídico ni constitucional; ni siquiera se los esboza.

Es un mero criterio legislativo que violenta las garantías constitucionales de reparación integral del daño y una nueva discriminación social en perjuicio del damnificado laboral, de similar magnitud que el denostado art. 39 párr. 1º de la Ley 24.557. La exposición a las situaciones de riesgo por parte de los trabajadores es un hecho cotidiano, inevitable, originado en la coacción vital y social de proveerse del ingreso alimentario, asumiendo riesgos, peligros y la posibilidad de sufrir un daño en su integridad psicofísica, en una proporción sustancialmente más elevada que otros sujetos. De modo que la aplicación de este marco reparatorio integral a las víctimas laborales tiene una obvia y hasta mayor justificación que para otros dañados, para los cuales la capacidad física de trabajar no lo es todo.

Se omite mencionar también que la reiterada invocación a la «litigiosidad» existente como justificativo de la reforma regresiva está directamente vinculada con la alta siniestralidad laboral de nuestro país.

Solo en el sector formal, la Superintendencia de Riesgos del Trabajo (SRT) verifica alrededor de 650.000 infortunios del trabajo anuales. A este componente habría que agregarle otro 35%, proveniente de los siniestros ocurridos en el sector informal no registrado, lo que totalizaría 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 refiere a enfermedades laborales no reconocidas por las ART ni por las comisiones médicas. Existe un infrarregistro 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, que solo constatan un 2% promedio anual de enfermedades reconocidas cuando la OIT ha afirmado reiteradamente que existen muchas más enfermedades laborales que accidentes traumáticos. Por lo tanto, los reclamos judiciales existentes se corresponden con niveles razonables de litigiosidad propios del Estado de derecho, donde el acceso a la Justicia es un derecho fundamental.

Por otra parte, sin los juicios promovidos por 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. Sin los juicios nunca se habría hecho realidad la garantía consagrada en el art. 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 la debida magnitud esos perjuicios.

En suma, las acciones judiciales fueron y siguen siendo el medio eficaz para que los damnificados recuperen, por vía de la reparación integral, un justo resarcimiento, que habían perdido por la Ley 24.557.

Pero también se debe destacar que la adecuada reparación del daño laboral, en los términos delineados por el Máximo Tribunal de la Nación, ha determinado en los últimos tiempos, por parte de los obligados del sistema, que adopten conductas más diligentes en materia de prevención de riesgos, que no se habían verificado en los primeros años de vigencia de la ley y que se constataron en las estadísticas de los dos últimos años de la SRT, que verificaban una reducción de la siniestralidad en algunos rubros. Esto no se debe a una eficacia intrínseca de los actores. Fueron las sentencias las que han dado claras señales a los responsables para observar un debido interés en la prevención de daños laborales. Como pregunta el profesor 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». Agrega 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» (14).

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

Evidentemente la propuesta legislativa que estamos analizando promoverá el desinterés de los obligados, porque la tendencia que se promueve es conformar al trabajador con la indemnización tarifada, de modo que el empleador se verá crecientemente desentendido de las consecuencias de reparar los daños que genera su actividad o los incumplimientos a las normas de higiene y seguridad que desencadenan el acaecimiento de infortunios laborales

Dijo en el debate el senador Miguel Ángel Pichetto (jefe del bloque del Frente para la Victoria) que «este es un instrumento imprescindible para que la Argentina pueda tener una política laboral de crecimiento de empleo; para que las pymes, en nuestro país, contraten gente; para que el proceso que yo denomino "de la industria del juicio" se limite y se bloquee. Porque lo que hay en la Argentina es una proliferación de acciones judiciales por la vía del derecho común en el marco laboral que desincentivan e impiden que muchos empleadores, pudiendo tomar un trabajador, no lo hagan por el temor y el miedo a estas indemnizaciones» (15).

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.

Estos argumentos deslegitimados por la realidad carecen hoy de fuerza de convicción. Es más, el nuevo escenario jurisprudencial vigente desde el año 2004 no impidió el crecimiento de la economía y el empleo, por lo menos hasta mediados del año 2011, de modo que mal puede imputarse a la jurisprudencia reparadora de la Corte como inhibidora de contratar nuevo personal. En verdad, según numerosos economistas, el déficit de inversión externa e interna que se verifica en nuestro país en los últimos años está vinculado a cuestiones macroeconómicas como la alta inflación, el retraso cambiario, la inestabilidad de reglas de importación y exportación de bienes, entre otras.

Se repiten críticas que vinculan las sentencias del Alto Tribunal con el aumento desproporcionado del índice de los pleitos y con la imposibilidad de las empresas de asumir los costos indemnizatorios y seguir produciendo. Como si el funcionamiento del sistema productivo estuviese condicionado por el acceso a la reparación integral de los daños sufridos por los trabajadores.

Por este andarivel de pensamiento crítico, expuso también el jefe del bloque de la UCR senador Petcoff Naidenoff, quien señaló que: «Estamos concluyendo un largo debate que, seguramente, finalizará con la modificación de la Ley 24.557, a través de esta norma que está dirigida, supuestamente, a construir un nuevo ordenamiento para la reparación de los daños derivados de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Hemos escuchado, en el contexto del debate, algunas cuestiones que tienen que ver con tendencias economicistas, fundamentalmente, para tratar de poner un freno a la litigiosidad en la Argentina, generar un proceso de reactivación de las pymes y hasta para evitar la industria de los juicios, que frena la captación de mano de obra por parte de las propias empresas. Sin embargo, creo que ese no es el debate. El debate, cuando se trata de garantizar derechos en el marco de los riesgos de trabajo, pasa por tener presente el bien jurídico que se tiende a proteger. Y con relación a los riesgos de trabajo, el bien jurídico a proteger es la tutela de la integridad psicofísica del propio trabajador» (16).

También el senador Petcoff Naidenoff señaló otros déficits del proyecto al decir: «Escuché decir al presidente del bloque del oficialismo, cuando le solicitó una interrupción al senador Morales, que hay que llamar a las cosas por su nombre y terminar con la "industria del juicio" en la Argentina; y que esta es una iniciativa que beneficia a las pymes y que va a generar trabajo en la Argentina. Señor Presidente: este proyecto no va a generar trabajo en la Argentina. Establece sí una opción y puede ser que, de alguna manera, la litigiosidad en indemnizaciones o en accidentes en una escala inferior al 50 por ciento de incapacidad disminuya por el uso de la opción. Pero si hablamos de una incapacidad del 50 por ciento para arriba, las cosas son diferentes. ¿Y saben por qué tampoco va haber una merma de la litigiosidad? Porque el 70 u 80 por ciento de las enfermedades profesionales que hoy se demandan no están contempladas en los listados. Entonces, si no están contempladas en los listados, esta es una falsa opción, porque lamentablemente el peso va a recaer, justamente sobre las pymes, porque las pequeñas y medianas empresas van a pagar una prima, pero cuando se las demande por la vía judicial -porque los trabajadores van a acudir a la vía judicial-, van a terminar afrontando esa indemnización, ya que no la cubre la aseguradora de riesgos de trabajo. Entonces, no es un avance; es un retroceso, un estancamiento. Si se hubiera discutido seriamente en comisión, así como está tarifado en la aseguradora de riesgos de trabajo el listado de enfermedades que hoy se contempla, se podría haber avanzado con un seguro civil obligatorio para el 70 u 80 por ciento de aquellas enfermedades profesionales que hoy no están contempladas. ¿Por qué no lo hemos hecho? Si eso se podría haber contemplado y discutido. ¿O usted, Señor Presidente, cree que las pymes quieren apostar a una falsa opción o en definitiva quieren pagar una buena prima que les otorgue la posibilidad de deslindar responsabilidades? Eso es lo que se busca desde el sector de las pequeñas y medianas empresas de la Argentina. Afronto el pago de un seguro, contrato un seguro, pero deslindo responsabilidad y tengo tranquilidad para contratar a los trabajadores. Sin embargo, con esta iniciativa no se gana en tranquilidad, es decir, se da una opción que puede establecer un criterio cuasi extorsivo para no acudir a la vía civil -aunque algunos sí lo harán en la búsqueda de la reparación integral-, pero se pierde de vista lo central, que es

que se podría haber contemplado un seguro civil obligatorio para el 70 u 80 por ciento de la inmensa cantidad de enfermedades profesionales que desde 1994 a la fecha, prácticamente, son las que se demandan no solamente en el fuero laboral, sino también en el fuero civil, que reitero que esta iniciativa no contempla. Y esto no se discutió; si se hubiese hecho, tranquilamente las podríamos haber contemplado» (17).

La cuestión del seguro civil, también obligatorio 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 la responsabilidad civil de seguros generales tiene un índice de litigiosidad muy superior al de riesgos del trabajo.

De modo tal que la previsibilidad de los costos de las condenas civiles puede resolverse, no cercenando derechos de raigambre constitucional, sino por medio del aseguramiento diferenciado y obligatorio de la responsabilidad civil, conjuntamente con la indemnización tarifada. El seguro de riesgos del trabajo tiene actualmente un costo equivalente inferior al 3% promedio de la masa salarial, porcentaje fijado como deseable al inicio del funcionamiento del sistema, y que a diferencia de los regímenes precedentes incluye las prestaciones en especie y el control por parte de las ART del cumplimiento de las normas de higiene y seguridad a sus empleadores afiliados (art. 4, 31 y decreto 170/96)

Por este motivo el seguro civil no debe ser optativo como establece el proyecto del Poder Ejecutivo (art. 7 del proyecto).

Cabe recordar que la Resolución 35550/2011 de la Superintendencia de Seguros de la Nación (SSN) reguló un nuevo seguro voluntario para los empleadores 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).

Sin embargo, las limitaciones y exclusiones de cobertura en el sistema diseñado conspiraron 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 que contiene exorbitan los beneficios y exclusiones de coberturas de las aseguradoras, en desmedro de las garantías que lógicamente buscan los empleadores en resguardo de los riesgos que sus actividades productivas generan en sus trabajadores(18).

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.

Deberían corregirse estas omisiones e insuficiencias y convertir en obligatorio y universal el seguro por la responsabilidad civil.

B.Opción civil y responsabilidad subjetiva

En el derecho del trabajo la autonomía de la voluntad se ve fuertemente restringida, ya que la dependencia laboral introduce un marco jurídico que modifica sustancialmente la igualdad que rige en el derecho privado de raíz romanista y el trabajador no está en condiciones de negociar su situación remunerativa y contractual. Este escenario de desigualdad se agrava en el contexto de un infortunio laboral.

En el supuesto de que el trabajador renuncie a la acción civil, para percibir de la ART solamente la indemnización tarifada, el empleador se ve liberado a cambio de nada de su obligación de reparar daños

causados por su responsabilidad.

No se trata de un negocio bilateral donde las partes 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.

La renuncia que estamos refiriendo es la gratuita que está tipificada en el art. 868 del Código Civil.

En cambio, la que es a título oneroso es la prevista en el art. 869 del citado Código donde se prescribe que «cuando la renuncia se hace por un precio o una prestación cualquiera, la capacidad del que la hace y la de aquel a cuyo favor fue hecha, se determinan según las reglas relativas a los contratos a título oneroso».

Concordantemente, el art. 871 del Código Civil dice que: «si la renuncia por un contrato oneroso se refiere a derechos litigiosos o dudosos le serán aplicables las reglas de las transacciones». Esto significa que conforme a la definición del art. 832 del Código Civil: «la transacción es un acto jurídico bilateral, por el cual las partes haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones litigiosas o dudosas».

De acuerdo con los conceptos del derecho civil, 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 implique, que tal modo de extinción de la obligación configure «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 sus responsabilidades legales.

Como técnica legislativa puede aceptarse 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 tarifa de la ley especial.

Aún más la opción excluyente con renuncia determina, que el empleador, puede llegar a no estar obligado a asumir responsabilidad personal alguna frente a la víctima cuando desatiende las normas de seguridad. Este criterio es similar al cuestionado art. 39, párrafo primero, de la ley vigente.

Es decir, en el caso de que el damnificado, de acuerdo a esta modalidad, elija el sistema tarifado de la

ley especial y renuncie al régimen del Código Civil, está exonerando de responsabilidad a su empleador, en el caso de que este haya incurrido en culpa o negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones en orden a la higiene y seguridad. Es sabido que un número significativo de accidentes por culpa del empleador, en general son por incumplimientos a las normas sobre higiene y seguridad en el trabajo. Son supuestos de daños que pudieron preverse y no se previeron, se podrían haber evitado y no se han evitado, ya sea por imprudencia, torpeza, negligencia o desatención (19).

La reparación sobre la base de tarifas, solo da una cobertura a los límites mínimos por el llamado lucro cesante respecto a las pérdidas de ingresos en el empleo en que ocurrió el infortunio, es decir una reparación limitada de los llamados riesgos de actividad, pero resulta inadmisibles que tengan igual trato las responsabilidades objetiva y subjetiva. Los topes cuantitativos de las indemnizaciones se ciñen exclusivamente a una porción del resarcimiento de la responsabilidad objetiva, o sea por riesgo de desarrollo o actividad y nunca a los supuestos de dolo o culpa.

El otorgar irrelevancia a una conducta negligente, descuidada e imprudente del obligado, atenta contra el concepto mismo de obligación. Si desde el principio se asegura al deudor, de que cualquiera sea la magnitud de su indolencia no se lo hará responsable, el vínculo obligatorio pierde seriedad, dándole carta blanca al obligado, excusándolo ab initio, de manera que sea una verdadera invitación al incumplimiento(20).

Como corolario, puede afirmarse que no es constitucionalmente sostenible que se combine tarificación, opción excluyente, con eximición de culpa subjetiva del dañante.

C. Opción e Incapacidad Permanente Provisoria (IPP)

En el art.5 del proyecto se ha deslizado un error o una aviesa intención restrictiva, conforme la lectura literal del artículo proyectado que dice: La percepción de las prestaciones en dinero, sea imputable a la sustitución de salarios en etapa de curación (ILT o sea complementaria por Gran Invalidez, así como la recepción de las prestaciones en especie, no implicarán en ningún caso el ejercicio de la opción excluyente prevista en el artículo precedente.

No quedan dudas entonces, que la percepción de los salarios por incapacidad laboral temporaria y la asignación por gran invalidez, así como la asistencia medica y demás prestaciones del art. 20 de la LRT no implican ejercicio de la opción, pero se han omitido incluir las Prestaciones por incapacidad permanente provisoria que beneficia a los damnificados con mas de 50% de incapacidad hasta la total obrera, que pueden extenderse a 60 meses (36 obligatorios y 24 optativos).

Esta provisoriedad excluyente y obligatoria para las altas incapacidades es una prestación que se otorga a esta categoría de dañados laborales, en la espera de una mejoría o empeoramiento definitivo de su grado de minusvalía. Estas prestaciones tienen carácter salarial pues se acceden conjuntamente con las asignaciones familiares y solo luego de su agotamiento se convierte en definitiva la incapacidad permanente. Recién entonces- interpretando la inteligencia del proyecto- estaría habilitado el trabajador para cobrar las prestaciones dinerarias permanentes o en todo caso ejercitar la opción excluyente por la vía civil.

Es insostenible que, implícitamente, al no mencionarlas se pueda interpretar que la percepción de las prestaciones provisorias implique el ejercicio de la opción por la indemnización tarifada. Sería inducir al trabajador a una nueva trampa legal.

Si la percepción de la ILT, no se acepta como opción por el régimen tarifado, porque es aceptado que no constituye una indemnización, sino una sustitución de ingresos mientras duran las curaciones y tienen un carácter salarial. Similar naturaleza poseen las prestaciones por incapacidad permanente

provisoria, de modo que su percepción no puede ser interpretada como un ejercicio en favor del régimen especial. Sobre todo porque a estos niveles de incapacidad, siendo provisorias, no pueden reclamar la incapacidad definitiva y ni siquiera esta agotado el procedimiento administrativo obligatorio, que exige el proyecto para el ejercicio de la opción establecido en el proyecto.

D. Aplicación de los principios y competencia de la justicia civil

El proyecto además acentúa la desprotección de las víctimas al disponer que en el supuesto de ejercitar la acción por el resarcimiento pleno, la misma deberá dirimirse ante la Justicia Civil, imponiéndole al Juez de este fuero que no deberá tener en cuenta los principios del derecho del trabajo, sino la legislación de fondo, de forma y los principios correspondientes al derecho civil. (Redacción idéntica a la ley 24028 sancionada en 1991).

Esta propuesta que adopta también el criterio de la propia LRT y contradice la copiosa jurisprudencia que determinó la competencia laboral en las acciones civiles durante la vigencia de la Ley 24.557, declarando inaplicable el art. 46 inc. 2 de la LRT que también determina que para la acción derivada del art. 1072 del Código civil en la capital Federal será competente la Justicia Civil.

Esta propuesta contradice la doctrina de la Corte Suprema fijada en la causa "Munilla", adhiriéndose al dictamen del Procurador General de la Nación, donde declaró competente al fuero laboral en los juicios por accidentes del trabajo fundados en el derecho civil, soslayando la aplicación del art. 46 inc. 2 de la ley 24.557 que dice: Para la acción derivada del art. 1072 del Código Civil en la Capital Federal será competente la justicia civil.

En dicho dictamen, al cual adhirió nuestro Supremo Tribunal de la Nación, se indicó que: «[...] tal innovación, a la fecha, es indispensable volver a decirlo, solo ha sido preservada, en materia de riesgos, para el caso del art. 1072 del Código Civil (v. art.46, ap. 2 de la LRT) habiendo sido derogada en lo que atañe a las restantes hipótesis de responsabilidad civil, por lo que, estimo, subsistente aquel principio foral (art. 20, LO) e insistiendo el actor respecto de la validez de la vía por el derecho común, que la Justicia Nacional del Trabajo es la llamada a entender en esta presentación, desde que despojada la controversia de su innegable complejidad jurídica, nos encontramos frente a un infortunio suscitado en el marco de una relación de trabajo que tiene por sujeto pasivo a un empleador, en la que se reclama una reparación con amparo en disposiciones del derecho laboral y común, todo en consonancia con el citado art. 20» (21).

Esta norma procesal que aparta del conflicto jurídico laboral derivado de un infortunio laboral del juez natural acentúa la desigualdad que afecta al trabajador en el marco del contrato de trabajo, pero que también lo afecta en el proceso judicial, de modo que despojarlo de la atención del fuero especializado no tiene otra finalidad que acentuar su debilitamiento, como se verificó claramente cuando las causas laborales contra empresas concursadas o en quiebra, fueron, en virtud de la ley 24.552, derivadas a la justicia comercial.

Estas particularidades son conocidas por el juez del trabajo, pero resultan ajenas al fuero civil, donde se litiga por cuestiones patrimoniales, sucesiones, locaciones, etc., absolutamente diferentes al contexto en el que se desenvuelven las relaciones laborales. Incluso, allí no existe el impulso de oficio, rigiendo el procedimiento civil y comercial y, especialmente, la caducidad de instancia. El procedimiento laboral, en cambio, con su especificidad y sus principios protectorios, reconocen la 'hiposuficiencia' que afecta al trabajador también en el ámbito jurisdiccional.

Por otra parte, la Corte Suprema en el leading case "Aquino", en especial, en el considerando 3° del voto de los Dres. Petracchi y Zaffaroni se expresó con toda precisión que: «Que el art.19 de la Constitución Nacional establece el "principio general" que "prohíbe a los 'hombres' perjudicar los

derechos de un tercero": alterum non laedere, que se encuentra "entrañablemente vinculado a la idea de reparación"». A ello se yuxtapone, que «la responsabilidad que fijan los arts. 1109 y 1113 del Cód. Civil solo consagra el [citado] principio general», de manera que la reglamentación que hace dicho código en cuanto «a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica ("Gunther c. Estado Nacional", Fallos: 308:1118, 1144, considerando 14; asimismo: Fallos: 308:1109)». Similares consideraciones se efectúan en el considerando 6 de los doctores Belluscio y Maqueda; y en el considerando 6 del voto de la doctora Highton de Nolasco.

En otras palabras, la aplicación de la regulación de la responsabilidad subjetiva y objetiva determinada por el Código Civil no es otra cosa que la expresión del citado «principio general» enunciado en la Constitución, aplicado a todas las ramas del ordenamiento jurídico y, con mayor razón, en el ámbito de las relaciones laborales, donde -como es sabido- la exposición a las situaciones de riesgo por parte de los trabajadores es un hecho cotidiano.

En sentido contrario a lo dispuesto por el proyecto, entendemos que el régimen de responsabilidad civil aplicable a una acción laboral por daños y perjuicios, no deja de integrarse al sistema jurídico laboral y, por ello, el Juez debería tamizar la aplicación del derecho común de acuerdo con los principios generales del Derecho del Trabajo y, en especial, aplicando diversas normas de la LCT cuando ello correspondiere (22).

En esta línea de pensamiento Fernández Madrid señaló que «cuando debe acudir a otra rama del derecho para suplir un vacío normativo en el ámbito laboral, las normas respectivas deben ser interpretadas a la luz de los fines propios del derecho del trabajo [...] debe manejarse con mucha prudencia la normativa civil, y cuidar en todos los casos que la interpretación y alcances que se dé a su inserción en la relación laboral respondan a los principios "del derecho del trabajo"» (23).

El reconocimiento constitucional que ha efectuado la Corte Suprema en vistas a que el trabajador pudiera recuperar, en forma amplia y sin restricciones, el derecho a la reparación integral que regula el Código Civil por los daños sufridos como consecuencia del empleo bajo relación de dependencia, de ninguna manera significa transformar la relación laboral en una relación civil; el accidente sigue siendo un accidente del trabajo, el patrono sigue siendo el patrono, el trabajador sigue siendo el trabajador; y los principios generales del derecho del trabajo deberán seguir aplicándose en esa relación.(24)

Completando este pensamiento, De la Fuente refiere que la modificación del derecho civil para adaptarlo a las exigencias de los derechos especiales -a través de la aplicación analógica- constituye uno de los principales medios o técnicas de que disponen los jueces para complementar, perfeccionar y hacer progresar los derechos particulares.(25)

El proyecto al imponer la competencia civil, la desestimación de la aplicación de los principios especiales del Derecho del Trabajo y su sustitución por los propios del derecho civil, se aparta de añeja doctrina y de la jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal.

En el debate en el Senado estas ideas también fueron sostenidas por el Senador Martínez (UCR) quien señaló que: El proyecto contradice de alguna manera la doctrina de la Corte, en cuanto a establecer la opción civil excluyente con renuncia de la indemnización tarifada, con el agravante de derivar las acciones civiles a la justicia civil, como no fue dispuesto por primera vez a través de la ley 24.028, de 1991. Después, se propone que en dicho ámbito civil no se deberán tener en cuenta los principios del derecho del trabajo sino la legislación de forma y los principios correspondientes al derecho civil. Como consecuencia, es prácticamente calcada de la ley 24.028, del año 91, cuando todos -creo que todos los que estábamos acá planteábamos, de alguna manera, que estos mecanismos de flexibilización laboral que se enunciaban a favor de una mayor recuperación del empleo, realmente, eran el peor camino que

se logró para los «laburantes». Es así de claro. O sea que los juicios siguen siendo, hasta ahora, el método más eficaz que tiene un damnificado para acceder a la vía de la reparación integral, independientemente de que esta litigiosidad enorme que tenemos hoy tenga que ver más con la alta siniestralidad que se da dentro de sistema laboral. Por eso, insistimos en la posibilidad concreta que hubiéramos tenido de avanzar más en el tema de la prevención que en el tema del resarcimiento(26).

En sentido coincidente se pronunció la Senadora Negre de Alonso que destacó en el recinto que: No puedo dejar pasar que esta ley avanza sobre los derechos de las provincias y sus facultades no delegadas a la Nación, sus autonomías, con respecto a las regulaciones procesales. Fíjese, señor presidente, que en primer lugar limita una acción judicial, ya que dice que no va a poder iniciar la acción judicial hasta que no sea notificado. Pregunto qué sucede si la empresa ha quebrado y hay que entrar a verificar cuando existen plazos. ¿No la va a iniciar? ¿Qué pasa si el trabajador hace la opción y después la empresa quiebra? El trabajador se queda desprotegido; la ART no le va a pagar porque hizo la opción. ¿Se da cuenta que no protege al trabajador? Pero, además, no es válida para las provincias, porque las invita a adherirse, pero sí para la Ciudad. Fíjese que manda al fuero civil las acciones de indemnización civil con la legislación civil. A ver, ¿nos olvidamos que existió el general Perón en la República Argentina? ¿Nos olvidamos que el peronismo le dio validez constitucional y reconoció los derechos de los trabajadores y los mandamos a pleitear como si fueran un ciudadano más? ¿Dónde están los principios protectorios del derecho de trabajo? Recordemos la Ley de Contrato de Trabajo de 1974, y hay un montón de leyes anteriores. Vamos a mandar a pleitear al trabajador en sede civil con las normas del derecho civil; no vaya a ser que el juez se equivoque y lo quiera proteger con las normas del derecho laboral. Señor presidente: esto no es lo que quiere el peronismo; el peronismo quiere un país pujante, con unidades productivas de pie, con empresarios y empresas de pie y con trabajadores también de pie. Este párrafo -una línea y media- es nefasto, señor presidente; lo debe haber hecho De Mendiguren(27).

En definitiva, el derecho constitucional de acceso a la justicia, no solo requiere que el reclamo sea atendido por un juez, sino que el mismo debe estar especialmente versado en la materia que va a tratar.

La competencia de un Tribunal no está dada por las disposiciones aplicables para determinar la extensión del resarcimiento o la valuación del daño sino por la índole de las cuestiones a debatir, en el caso los derivados de un conflicto jurídico eminentemente laboral, insatisfechas, cuya consideración debe ser efectuada con los criterios particulares derivados del trabajo humano. Por ello la atribución específica de una aptitud jurisdiccional a determinados juzgados para entender en ciertas materias, en el caso contrato de trabajo, cabe entenderla indicativa de una especialización que el orden legal no puede soslayar derivando, estos conflictos a jueces desespecializados(28).

E. Indemnizaciones tarifadas de la ley

La indemnización por Incapacidad Permanente Definitiva (IPD) continúa fundándose en el Valor Mensual del Ingreso base (art. 12 LRT) diseñado originalmente por la Ley 24557. O sea, se mantiene el criterio restrictivo de computar, exclusivamente, las sumas sujetas a la cotización de la seguridad social, cuando existe una serie de ingresos no remunerativos que no están sujetas a aportes, pero que el trabajador recibe como ingreso.

Si bien el decreto 1694/09 estableció como base de cálculo y ajuste de la Incapacidad Laboral Temporaria (ILT) y la Incapacidad Permanente Provisoria (IPP) el criterio establecido por el art. 208 de la ley 20744 (t.o.), ni el decreto 1694/09 ni el proyecto del PEN ha trasladado esta pauta para el cálculo de las indemnizaciones permanentes de carácter definitivo.

Como fórmula de ajuste de la IPD, en lugar de aplicar ese mismo método de cálculo y ajuste mensual del art. 208 de la LCT -que se seguirá aplicando para la ILT e IPP por la ratificación de la vigencia del

decreto 1694/09-, se propicia la adopción del coeficiente RIPTE con reajuste semestral. Esto, implica un perjuicio para las víctimas, que no percibirán como base indemnizatoria el mismo ingreso actualizado con los aumentos, adicionales, beneficios e incrementos del puesto de trabajo en el que sufrieron el accidente, sino un índice general difuso que solo contempla las remuneraciones sujetas a aportes previsionales.

En consecuencia las prestaciones dinerarias por incapacidad permanente definitiva se seguirán calculando conforme al criticado Valor Mensual del Ingreso Base (VMIB) fijado por el art. 12 de la ley original, más la variación semestral del RIPTE que no refleja el aumento que hubiera beneficiado al trabajador de no sufrir el evento dañoso, mientras que la IPP e ILT se seguirán liquidando, calculando y ajustando por el art. 6 del decreto 1694/09. Esta discriminación carece de toda razonabilidad. Tampoco se modificó la fórmulas aritméticas que sirven de base para el cálculo de las indemnizaciones permanentes, como proponían diversos proyectos legislativos como por ejemplo, elevando el coeficiente de 53 a 70 y el coeficiente de edad a 75, ya que 65 es un módulo previsional no aplicable a la reparación de los daños laborales.

El único aumento visible de la tarifa es el 20 % en compensación por cualquier otro daño que sufriese el damnificado.

Sin embargo en otro claro retroceso legal este adicional del 20% no se aplica a los accidentes in itinere, quebrantando una tradición vigente de hace más de 70 años en nuestro país y en el mundo.

Por otro lado, se reajustan conforme el índice RIPTE desde enero de 2010 los exiguos pisos indemnizatorios y los adicionales de pago único fijados en el decreto 1694/94, que en este último caso, solo corresponden a las altas incapacidades superiores al 50 por ciento y benefician, aproximadamente, al 2 % de los damnificados.

Al no derogarse la ley 24557 -sino a integrarse en un nuevo texto ordenado- persiste la misma crítica definición acotada de los accidentes del trabajo y de las enfermedades profesionales.

Se establece que el principio general indemnizatorio es el del pago único; sin embargo, las prestaciones indemnizatorias dinerarias en forma de renta, en curso de ejecución, continúan vigentes, vulnerando la jurisprudencia de la Corte Suprema en los casos "Milone" y "Suárez Guimbard", permitiendo la continuidad residual del pago en renta y el negocio de las compañías de seguro de renta vitalicia, que las administran a título oneroso otorgándole a los damnificados exiguos intereses. Debería en cambio disponerse el reintegro automático de todos los fondos a los damnificados.

Hemos escuchado como defensa de la propuesta oficial de que el proyecto establece un plazo perentorio de quince (15) días para que se pague la indemnización tarifada de la LRT, a fin de asegurar la intangibilidad del pago prometido por el sistema legal,(29) lo que es un mero eufemismo.

La LRT vigente ya establece claramente en su art. 43 apartado 1 que el derecho a recibir las prestaciones de esta ley comienza a partir de la denuncia de los hechos causantes de daños derivados del trabajo.

La obligación ya existía. El plazo del proyecto es una tautología y un recurso meramente semántico y decorativo para demostrar un interés por las víctimas que se perjudican por el fuerte retroceso general que implica el proyecto.

El plazo de quince días podrá ser realmente operativo en caso de muerte, ya que en los demás casos de incapacidades parciales o totales, existen conflictos de diversa índole sobre causalidad, grado de incapacidad y valores de ingresos, que determinan conflictos jurídicos que normalmente implican una

dilación mayor, ante la ART los órganos administrativos o la vía judicial. A menos que se pretenda un allanamiento rápido e incondicional del damnificado a la propuesta de la aseguradora y se lo homologue prontamente ante las Oficinas de Homologación y Visado dependientes de la SRT.

F. Insistencia con el procedimiento de las CC. MM. omitiendo la jurisprudencia de la Corte

El art.4 del proyecto ratifica el procedimiento administrativo previo a promover la acción especial o fundada en el derecho común : Los obligados por la Ley N° 24.557 y sus modificatorias al pago de la reparación dineraria deberán, dentro de los 15 (QUINCE) días de notificados de la muerte del trabajador, o de la homologación o determinación de la incapacidad laboral de la víctima de un accidente de trabajo o enfermedad profesional, notificar fehacientemente a los damnificados o a sus derechohabientes los importes que les corresponde percibir por aplicación de este régimen, precisando cada concepto en forma separada e indicando que se encuentran a su disposición para el cobro. Los damnificados podrán optar de modo excluyente entre las indemnizaciones previstas en este régimen de reparación o las que les pudieran corresponder con fundamento en otros sistemas de responsabilidad. Los distintos sistemas de responsabilidad no serán acumulables.

Evidentemente no se han considerado la triada de sentencias dictadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los casos "Castillo", "Venialgo" y "Marchetti", que constituyen un conjunto armónico que determina la inconstitucionalidad de los arts. 21, 22 y 46 inc. 1 de la LRT y de las normas correspondientes del Decreto PEN 717/96.

A pesar de esta jurisprudencia que cuestiona las comisiones medicas locales y central, por su carácter federal e inconstitucional, se sostiene este régimen sustitutivo de los jueces naturales y aún se acentúan sus funciones desprotectorias al obligar a las víctimas a la espera de la comunicación de la incapacidad definitiva por estos órganos y sobre todo, porque continua la carencia de patrocinio jurídico obligatorio en esas instancias administrativas. Creemos que la jurisprudencia del Máximo tribunal de la Nación sigue vigente y continuará siendo aplicable por todos los tribunales del país, en el sentido de que las comisiones médica, al constituir organismos de carácter federal, son inconstitucionales y los trabajadores, o los derechohabientes, pueden concurrir directamente ante los tribunales del Trabajo para reclamar las prestaciones dinerarias o en especie de la LRT, sin tener que atravesar el laberíntico procedimiento de estos órganos administrativos.

Cabe recordar lo que no ha considerado el proyecto, sino todo lo contrario, que estos fallos determinan una instancia superadora de la notable desigualdad sufrida por los trabajadores que debían presentarse solos, sin defensa letrada, enfrentando las estructuras de las compañías aseguradoras y sometidos a la decisión de las cuestionadas comisiones médicas y, en caso de disconformidad, recorrer el largo camino ante órganos distantes, federales e inespecíficos como son la Comisión Médica Central o la Cámara Federal de la Seguridad Social (30).

De acuerdo con el art. 75, inc. 12, de la Constitución Nacional, el Estado federal tiene la facultad de dictar los códigos de fondo, no pudiéndose alterar las jurisdicciones locales. La competencia federal es, de por sí, restrictiva de excepción y con atribuciones limitadas a los supuestos del art. 116 de la Constitución Nacional. Siendo el conflicto de accidentes de trabajo una cuestión de derecho común, el Estado nacional no puede invadir la facultad de las provincias sustrayéndose de intervenir a las justicias locales, ya que las provincias no han delegado en el Estado federal su potestad de reglar el procedimiento y la jurisdicción, que debe intervenir en los accidentes y enfermedades laborales. «Podría aceptarse la competencia federal cuando existan "necesidades reales y fines federales legítimos, impuestos por circunstancias de notoria seriedad"» (considerando 5°, caso "Castillo").

La LRT no satisface este último requisito, ni siquiera tiene disposición alguna que declare federal el régimen de reparaciones de accidentes del trabajo. La Ley de Riesgos del Trabajo alteró las reglas

constitucionales en materia procesal, lo que es ratificado por el proyecto al sostener e imponer la actuación de las comisiones médicas locales y Central y las oficinas de visado y homologación, todas dependientes y designadas por la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, ente autárquico de carácter federal dependiente del Ministerio de Trabajo de la Nación (art. 35 LRT).

Esta obligación de recurrir a las CC. MM., obstruye el acceso directo, rápido del trabajador a la justicia especializada, ya que los infortunios del trabajo no son ni más ni menos que un conflicto jurídico de naturaleza laboral.

Menos tiene sentido el mantenimiento de la Comisión Médica Central que constituye un órgano dilatorio innecesario, y debería actuar en revisión la justicia laboral ante la decisión de la comisión médica local, y no diferir nuevamente al ente Central.

Deberían solo existir Comisiones Médicas voluntarias con exclusiva facultad para determinar el carácter y grado de la incapacidad y el contenido de las prestaciones en especie, con amplia facultad de revisión de su dictamen por parte de la Justicia. El procedimiento voluntario ante Comisiones Médicas Locales beneficiaría al trabajador, quien podría optar por recurrir directamente ante la Justicia, sin ninguna otra intervención previa de instancia administrativa. La Justicia ofrece garantías de objetividad que no brindan los órganos administrativos sui generis, como los diseñados en el anteproyecto. Uno de los componentes principales del acceso a la Justicia es, precisamente, el ingreso directo a un tribunal competente, mediante un recurso efectivo y rápido y el derecho a ser prontamente oído por dicho tribunal, independiente e imparcial, a niveles tanto nacional como internacional (arts.25 y 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

Esta imposición se agrava por cuanto a diferencia del escenario vigente, el trabajador no podrá accionar por el resarcimiento integral fundado en derecho civil, si no agota este cuestionado proceso administrativo.

Consideramos como un inconveniente el hecho de diferir a órganos administrativos, la decisión de cuestiones vinculadas al derecho social de tipo contencioso jurisdiccional, asuntos que deben ser resueltos por tribunales conforme el orden constitucional, siendo loable este criterio que parece ser el de la Corte Suprema, a partir de lo resuelto en el caso "Ángel Estrada"(31). Esta afirmación también fue ratificada en la sentencia "González, Protacio" al señalarse que «la determinación del carácter laboral del accidente o profesional de la enfermedad, y la relación causal con el factor laboral, constituyen materias que exceden notoriamente la competencia brindada por los conocimientos médicos, y requieren indudablemente un conocimiento técnico- jurídico del cual los médicos, más allá de su buena voluntad e incluso de sus inquietudes culturales, carecen» (32).

Más allá de la intención oficial de imponer compulsivamente la vía administrativa, entendemos que la doctrina citada por la Corte Suprema no ha perdido vigencia y las mismas funciones atribuidas a los órganos administrativos podrán ser ejercitados por los jueces laborales.

A esta altura del avance pretoriano, el procedimiento originario de la LRT había quedado como una simple una opción voluntaria, ya que el trabajador podía accionar directamente ante la justicia. El proyecto retrocede en esta materia al diseño original de la ley.

En definitiva, 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 ante el juez competente.

G. Imposición objetable del listado de enfermedades y los baremos de incapacidad a los jueces

El art. 9 del proyecto con media sanción del Senado determina que: Para garantizar el trato igual a los damnificados cubiertos por el presente régimen, los órganos administrativos y los tribunales competentes deberán ajustar sus informes, dictámenes y pronunciamientos al listado de enfermedades profesionales previsto como Anexo I del Decreto N° 658/96 y a la Tabla de Evaluación de incapacidades previsto como Anexo I del Decreto N° 696/96 y sus modificatorias.

Esta redacción constituye una abierta afectación de la capacidad autónoma de los jueces de determinar las incapacidades, como reconocer las enfermedades más allá de lo establecido por el listado y baremos oficiales.

La Corte Suprema, en el fallo "Silva"(33) sentó la doctrina hoy pacífica que aunque una enfermedad laboral no esté incluida en el listado de enfermedades de la LRT, confeccionado por el PEN, pero se demuestra que dicha enfermedad está vinculada causalmente a la actividad laborativa, corresponde la indemnización sobre la base de las disposiciones del derecho civil.

La Corte en "Silva" descalifica el criterio restrictivo que eligió el art. 6, apartado segundo de la LRT, al establecer como únicas resarcibles a aquellas enfermedades profesionales que se encuentran incluidas en el listado aprobado por el decreto 658/96.

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

El proyecto desoye este mandato del Superior Tribunal de la Nación y pretende imponer los criterios dogmáticos del tan cuestionado art. 6, párrafo 2° de la ley 24-557, así como los baremos y listados de los decretos reglamentarios.

Por otra parte se desconoce con esta reglamentación que el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo (OIT) aprobó una nueva lista de enfermedades profesionales en su reunión de 25 de marzo de 2010. Esta nueva lista sustituye a la que figura en el anexo de la Recomendación sobre la lista de enfermedades profesionales y el registro y notificación de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales num. 194 que fue adoptado en 2002.

Esta lista de enfermedades profesionales de la OIT, según la OIT ha sido elaborada con el objetivo de ayudar a los países en la prevención, el registro, la notificación y, si procede, la indemnización de las enfermedades causadas por el trabajo.

La nueva lista incluye una serie de enfermedades profesionales reconocidas internacionalmente, desde enfermedades causadas por agentes químicos, físicos y biológicos hasta enfermedades de origen respiratorio y de la piel, trastornos del sistema osteomuscular y cáncer profesional. Por primera vez se han incluido de manera específica en la lista de la OIT los trastornos mentales y del comportamiento. En las secciones de la lista se incluyen además puntos abiertos en todas las secciones. Los puntos abiertos 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.

Lo notable del caso es que estos nuevos convenios y protocolos de la OIT han sido ratificados por las leyes 26693 y 26694 sancionados por el mismo Congreso Nacional.

El proyecto no tuvo en cuenta esta reciente legislación, sosteniendo las pautas atrasada y rígidas de evaluación de enfermedades.

Tanto la jurisprudencia como las leyes invocadas son contradictorias con el art. 9 del proyecto, de modo que la aplicación de este último, será difícil de imponer a los jueces, por cuanto menos se aplicarán las normas y principios mas protectorios.

H. Normativa sobre honorarios

En el art. 17, apdo. 3 se ratifica innecesariamente la aplicación del art.277 de la LCT, pero gravosamente se excluye al letrado patrocinante del trabajador a los efectos de la regulación de sus honorarios e imposición de costas, la diferencia entre el capital de condena y aquel que hubiera percibido el trabajador-tanto en dinero como en especie- como consecuencia del régimen de reparación de contenido en esta ley no siendo admisible el pacto de cuota litis.

Esta es una norma abiertamente discriminatoria contra los abogados defensores de los trabajadores, que afecta inusitadamente el derecho alimentario a sus honorarios. Es evidente que se quiere desalentar la intervención letrada, única defensa que han tenido los damnificados hasta el presente, pero se lo hace con un método rústico, que no soporta ningún test de constitucionalidad.

El absurdo llega al extremo que considera como excluyente del monto de la regulación la cuantificación económica de las prestaciones en especie, que constituyen en derecho civil, el daño emergente que normalmente no es demandado en las acciones civiles porque ha sido satisfecho por las ART en virtud del art. 20 de la ley 24.557. No existe ningún antecedente en la materia. Estamos en presencia de un absurdo mayúsculo, que no parece redactado por abogados.

También se prohíbe el pacto de cuota litis en las acciones fundadas en la ley especial desconociendo la actuación profesional de los abogados, indispensable en esas instancias, donde se debaten cuestiones jurídicas contenciosas, como grado de incapacidad, relación de causalidad, montos indemnizatorios, cuestiones constitucionales, entre otras.

Recordemos que el pacto de cuota litis es el acuerdo merced al cual el litigante, ofrece y el abogado acepta, en forma anticipada y eventual un porcentaje, una parte, de su futuro crédito judicial a favor del profesional que lo represente, en concepto de retribución, si es que el litigio le resulta favorable. El art. 277 de la LCT fija a dicho pacto un límite del 20% y, además, exige para su validez la ratificación personal del trabajador y que ese acuerdo sea homologado judicialmente.El pacto de cuota litis tiene como condición esencial la litigiosidad de los créditos en los que el trabajador hace partícipe a su letrado y la Ley de Contrato de Trabajo, no hace distinción alguna entre los derechos que puedan ser objeto de la afectación, con la única limitación de que no exceda el 20% aludido.

La ley 24.557 no estableció limitaciones para el pacto de cuota litis en el caso del reclamo de las indemnizaciones tarifadas, por lo que no existía impedimento formal para la suscripción de estos acuerdos que resguardan el trabajo profesional de los abogados, y rige en consecuencia la norma general del art. 277 de la LCT.

En este sentido se ha pronunciado la Fiscal General Adjunta ante la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, en dictamen que fue compartido por la Sala IX de la misma Cámara, donde se señaló, que: «las derogadas leyes 9688 y 24.028 preveían una disposición expresa que prohibía la celebración del pacto de cuota litis. Esta prohibición no ha sido legislada por la actual Ley de Riesgos del Trabajo, por lo que puede entenderse validamente que el legislador decidió suprimirla. En consecuencia más allá del juicio de valor que nos merezca tal decisión lo cierto es que no existe obstáculo formal, ni sustancial que obste a la celebración del pacto de cuota litis en los procesos fundados en la ley 24.557. Máxime en los casos, como el que nos ocupa, que tal pacto asciende al 20% de las sumas que el actor tenga que percibir. Por otra parte no advierto ningún vicio del consentimiento que permita invalidar lo pactado.

En definitiva, el acuerdo debidamente ratificado por el trabajador, no implica violación del orden público labora, ni resulta contrario a la normativa vigente (ver arts. 148 y 277 de la LCT)» (34).

En esta inteligencia la Senadora Negre de Alonso señaló en el debate que:Primero, avasallan a las autoridades provinciales diciendo cómo los jueces deben regular los honorarios; lo mismo que decía Cavallo a través de la ley 24.432. No quiero aburrirlos leyendo cada artículo que defendía el ex ministro Cavallo. En segundo lugar, dice que está prohibido el pacto de cuota litis. Me pregunto: ¿el ministro de Trabajo de la Nación no sabe lo que es el orden público laboral? Porque el art. 277 de la ley de contrato de trabajo, que contempla el pacto de cuota litis y que le pone un tope del 20 por ciento, solo puede ser derogado por otra ley de orden público superior, y hasta ahora la única es la ley de quiebras, porque afecta la economía de un país. Esta ley no es de orden público. Entonces, no puede modificar el art. 277 de la ley de contrato de trabajo. ¡Pues, señores, muy tranquilamente el ministro vino, presentó esto y, por ende, defendió algo que es absolutamente inconstitucional!(35)

Una vez más se vuelve se produce un viraje regresivo en este caso para afectar el derecho alimentario de los profesionales a percibir una retribución adecuada por su labor profesional

I. Otra incoherencia que acentuará la litigiosidad

El art. 6 prescribe que cuando por sentencia judicial o, conciliación o transacción determine la reparación en otros sistemas de responsabilidad la ART deberá depositar en el expediente judicial o administrativo el importe que le hubiere correspondido mas los intereses y deberá colaborar con las costas en esa misma proporción.

No se entiende como se va a imponer a la Aseguradora el depósito de las hipotéticas sumas del régimen especial, cuando el artículo no asegura la participación de la misma en el proceso judicial o en la conciliación.Es decir si el empleador no la cita como tercero interesado será difícil imponer el pago de una suma, que además resulta normalmente bastante discutida, porque esta relacionado con el grado de incapacidad, los montos del valor mensu al del ingreso base, el reconocimiento del evento dañoso, etc.

Se está afectado el derecho de defensa en juicio y esto traerá nuevos litigios, y resoluciones pretorianas que tendrán que aclarar las incoherencias normativas del proyecto.

J. Normativa sobre la reducción del costo del seguro de las ART

Respecto a las normas destinadas a reducir los costos del aseguramiento no cabe ser muy optimista. Esta misma línea esbozó el decreto 1694/09 sin mayores resultados

Es sabido que la mayor capacidad de negociación de las empresas más grandes con las ART, aquellas terminan abonando una alícuota sustancialmente inferior a las Pymes. En consecuencia, se produce un subsidio indirecto de estas últimas a favor de las de mayor envergadura.

Por ejemplo, según las estadísticas de la SRT, los empleadores que tienen entre 3 y 5 dependientes abonar una alícuota promedio del 5,5% de la masa salarial. Cuando se trata de establecimientos de más de 5.000 trabajadores, la alícuota del seguro de riesgos se reduce al 0,7% promedio salarial.

No debe olvidarse que hasta el presente existen veintitrés ART que se distribuyen más de 8.000.000 de trabajadores asegurados en más de 800.000 establecimientos. De ese total, el 90% de los empleadores están asegurados en las primeras diez ART.

De modo tal que la capacidad comercial de cada ART con las Pymes, es realmente muy superior a estas, como sucede en todas las áreas de la economía en una economía de mercado.En verdad lo efectivo

hubiera sido fijar rígidamente que la alícuota se fije de acuerdo al sector económico -CIU- pero también computando el puesto de trabajo, con cifras mínimas y máximas, si en verdad se quiere proteger a las Pymes.

En este punto no cabe depositar gran optimismo, se trata de una enunciación meramente programática que es difícil que tenga efectos tangibles.

Desde otro ángulo, las alícuotas actuales no son en promedio elevadas ya que ascienden al aproximadamente al 3% de la masa salarial.

Por otra parte, las alícuotas no podrían ser inferiores a los regímenes precedentes, porque si a las indemnizaciones tarifadas -que siempre existieron agregamos las prestaciones en especie, que ahora deben brindarse sin límites temporales, sumadas a las obligaciones atinentes al control, denuncia y puesta en marcha de medidas de prevención en los asegurados.

II. TARIFACIÓN DEL DAÑO EN MATERIA DE LESIONES EN EL PROYECTO DE REFORMA AL CÓDIGO CIVIL

El subsistema de daños laborales argentino y el sistema de daños en general, también se encuentran en una nueva encrucijada, por cuanto el proyecto de reforma al Código Civil, en tratamiento en el Senado Nacional, establece como fórmula de resarcimiento para los supuestos de lesiones la criticada fórmula "Vuoto".

En efecto el art. 1746 del proyecto enviado al Senado, establece que en los resarcimientos por lesiones (hechos masivos como son los accidentes de tránsito y laborales) se opta por cuantificar los daños utilizando una fórmula matemática.

El art. 1746 prescribe que: en caso de lesiones o incapacidad permanente, física o psíquica, total o parcial, la indemnización debe ser evaluada mediante la determinación de un capital, de tal modo que sus rentas cubran la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables, y que se agote al término del plazo en que razonablemente pudo continuar realizando tales actividades. Se presumen los gastos médicos, farmacéuticos y por transporte que resultan razonables en función de la índole de las lesiones o la incapacidad. En el supuesto de incapacidad permanente se debe indemnizar el daño aunque el damnificado continúe ejerciendo una tarea remunerada. Esta indemnización procede aun cuando otra persona deba prestar alimentos al damnificado.

Este cálculo aritmético, conocido como fórmula "Vuoto", fue seriamente cuestionado por la Corte Suprema en el célebre y ya citado fallo "Arostegui", donde expresó que para evaluar el resarcimiento pleno del daño fundado en el derecho civil no se deben aplicar fórmulas matemáticas.

Si sumamos la instalación de la opción excluyente en la reforma a la LRT con la limitación tarifada del resarcimiento por lesiones en el proyecto del nuevo Código Civil y Comercial unificado estamos en presencia en un viraje regresivo general en materia de reparación de daños y laborales en particular.

Se configura un nuevo escenario seriamente perjudicial para los dañados, en abierta contradicción con los planeados arts. 1738 y 1740 del mismo proyecto de reforma al Código Civil y Comercial, según los cuales el resarcimiento debe comprender la reparación plena, superando el mero lucro cesante, que solo recompone la fórmula matemática, por la que definitiva y operativamente se opta en el art. 1746 del mentado proyecto.

A lo dicho cabe agregar que el proyecto de reforma al Código civil incorpora la multa civil o daño

punitivo, para la afectación de los consumidores y los derechos de incidencia colectiva, pero derecho al que son excluidos los daños por lesiones, así como los laborales.

Esta multa disuasoria está asociada a la prevención de ciertos daños y, también, a la punición de los efectos de actos ilícitos que por su gravedad o por sus consecuencias requieren algo más que la mera indemnización resarcitoria de los perjuicios causados.

Sin embargo, como surge de la redacción del art.1714 del proyecto de reforma al Código Civil esta multa civil solo sería aplicable a los daños consumados contra los «derechos de incidencia colectiva» (ejemplo: el medio ambiente, la transparencia del mercado, la competencia). También quedarán abarcados los daños patrimoniales o extrapatrimoniales de las relaciones de consumo ya previstos en el vigente art. 52 bis de la ley 24.240 de defensa de los derechos del consumidor.

Quedan expresamente excluidos los daños por lesiones, entre los provenientes de infortunios laborales.

III. DECRETO 1720 SOBRE LA CREACIÓN DE ART-MUTUALES. GESTIÓN DE LAS SOCIEDADES MUTUALES

Conjuntamente con el envío del proyecto de reforma a la Ley 24557, el PEN sancionó el decreto 1720/2012, el cual prescribe en su art. 1 que: las asociaciones profesionales de empleadores o grupos de empleadores y las asociaciones sindicales de trabajadores con personería gremial que celebren negociaciones colectivas al amparo de las Leyes Nros. 14.250 (t. o. 2004), 23.929 y 24.185, podrán constituir entidades Aseguradoras de Riesgos del Trabajo (ART) sin fines de lucro, en los términos del art. 2 y concordantes de la Ley N° 20.091 y sus modificatorias, la Ley N° 20.321.

Como se expresa en los considerandos del decreto, se esta reglamentando el art. 42, inc. a, de la Ley N° 24.557, que ya previa desde 1995 la posibilidad de crear entidades sin fines de lucro entre las cámaras empresarias y los sindicatos, al señalar expresamente que a través 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».

Además, las sociedades cooperativas que no tienen fines de lucro, como también las sociedades de seguros mutuos, estuvieron siempre habilitadas por el sistema a partir de la disposición del art. 26 apartado 1 de la LRT, y su remisión al art. 2 inc. a de la Ley 20.091, las habilitaba a operar en seguros. Es decir que hasta ahora estuvieron en condiciones de organizarse y si no lo hicieron fue por que no existió una voluntad de constituir las.

En el art. 4 de decreto 1720/12 se establece el procedimiento paritario que las partes sindical y empresaria deberán cumplir en la negociación colectiva para la constitución de la llamada ART-MUTUAL.

En relación a la intervención de los Sindicato en la Administración de una ART, aun cuando no tuviese fines de lucro, tiene un cariz conflictivo. En efecto, la ART MUTUAL tiene la función primordial de asegurar los riesgos laborales del empleador y, 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 un conflicto de intereses con su afiliado, el que a su vez -en muchas ocasiones- lo consulta frente a la ocurrencia de un siniestro?

Existe un conflicto de intereses y confusión de roles, que sin dudas afectará a los damnificados y

acumulará más confusión al ya harto complejo régimen de riesgos del trabajo.

Por otro lado existe el riesgo no menor, conforme la experiencia conocida en nuestro país de que las alícuotas del seguro en el marco de negociación convencional sean moneda de cambio de aumentos salariales, aportes solidarios y otras particularidades propias de los CCT en nuestro país.

Qué esperanza queda para el futuro respecto a estos nuevos entes paritarios estimulados por el proyecto.

Cabe preguntarse si las cúpulas sindicales y empresarias integrantes de las ART Mutuas serán auténticas defensoras de la intangibilidad de los fondos, tampoco surge claro como se garantizará efectivamente que las alícuotas sean suficientes para que el fondo no se insolvente.

El art. 10 inc. b del decreto dispone: Definir y proponer medidas concretas de prevención de los riesgos del trabajo y de mejoramiento de las condiciones laborales para los establecimientos destinatarios de la cobertura. Dichas acciones podrán instrumentarse previamente a través del mecanismo de negociación colectiva, previsto en el art. 42, inc. b, de la Ley N° 24.557 y sus modificaciones.

Al respecto cabe mencionar que en los últimos años, los CCT en su mayoría se limitaron a establecer aumentos salariales, acompañando la inflación, poco o nada se agregó en materia de mejoras de las condiciones de trabajo. Esta circunstancia nos permite ser un poco escéptico respecto a esta aspiración de la norma y en verdad nos permite vislumbrar que lo realmente operativo será la reducción de costos a través de la utilización de los prestadores médicos públicos y de obras sociales.

En este sentido las experiencias en nuestro país sobre manejo paritario incluso con intervención del Estado han sido significativamente deficitarias para los intereses de los trabajadores.

A modo de ejemplo de lo dicho en párrafo anterior, tenemos que el Consejo Nacional del Salario Mínimo Vital y Móvil fija salarios irrisorios y luego de cerrados los períodos de negociación colectiva, y a pesar de estar entre sus funciones actualizar el subsidio por desempleo que desde hace casi 20 años está en el monto irrisorio máximo de \$ 400, no lo hace. Allí participan la CGT, la CTA y el Ministro de Trabajo lo preside. El FNE es superavitario, existe un aporte patronal del 1,5% del salario, pero los fondos se desvían para otras áreas.

En el ámbito de Riesgos, el Comité Consultivo Permanente de la LRT integrado por CGT, Gobierno y Cámaras empresarias desde el año 1995 se reunió aproximadamente tres veces, para aprobar el listado de enfermedades, para aprobar el inconstitucional DNU 1278/00 (para bloquear la reforma legislativa que se estaba discutiendo en la Cámara de Diputados desde el año 98, que tenía dictamen de la Comisión de legislación del trabajo de la Cámara de Diputados) y para incorporar dos nuevas enfermedades en el 2003 (el Hanta virus y el Chagas). Nunca más hizo otra cosa productiva a favor de las víctimas. Ni siquiera se preocupó de proponer actualizar las prestaciones dinerarias cada seis meses como le ordenaba el DNU 1278/00

El art. 10 inc. c dispone que: Sin perjuicio de los recaudos a cumplimentar en materia de capacidad prestacional y solvencia económica ante los organismos competentes, las ART-MUTUAL, como entidades sin fines de lucro, deberán... Inciso c): Mantener la solvencia comprometida por las representaciones sectoriales, en forma individual y/o colectiva, para garantizar el funcionamiento de la ART-MUTUAL durante la vigencia del instrumento convencional que le dio origen.

No queda claro como se garantizará estas aspiraciones y, finalmente, en caso de insolvencia, no resulta evidente si responderá el Fondo de Reserva o el Fondo de Garantía de la LRT o, en su caso, si se creará un nuevo fondo. El decreto no lo aclara y parece diferir la cuestión a la reglamentación.

Más allá de estas reservas, siempre sostuvimos que, con respecto a la habilitación de estas mutuales, en verdad, lo relevante será que estas deberían estar en efectivas condiciones para responder por las prestaciones en especie y dinerarias, 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.

Hubiera sido importante establecer que cada ART MUTUAL esté integrada con un número mínimo y significativo de empleadores a fin de asegurar su solvencia (35.000 empresas, por ejemplo).

Por otra parte sería un factor relevante de garantía el hecho de que las empleadoras que las compongan fuesen solidarias entre sí frente a los damnificados, de modo de comprometer seriamente su interés en la prevención.

En Chile, la ley 16.744 de 1968 adoptó el sistema de Mutualidades exclusivamente integradas por 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 solo 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 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 compañías satélites de seguros generales, de vida, de automotores, etcétera.

El art. 10 inc. a del Decreto 1710/12 establece que las ART Mutuales Deberán utilizar, de manera prioritaria y siempre que sea técnicamente posible, los servicios de obras sociales y efectores públicos de salud para proveer las prestaciones en especie previstas en el Régimen de Riesgos del Trabajo, de acuerdo a lo contemplado en el art. 26, inc. 7, de la Ley N° 24.557 y sus modificaciones.

Es decir que se obliga a estas Mutuales a que, por un lado, utilicen el sistema público de salud -solventado con los impuestos pagados por todos los ciudadanos y destinados a la población en general y normalmente desfinanciado-, el cual deberá hacerse cargo ahora también de la atención médica de las enfermedades y accidentes del trabajo.

Por otra parte, igualmente de modo injustificado, las obras sociales sostenidas en parte con el aporte salarial de los propios trabajadores, también son compelidas a hacerse cargo de la asistencia médica de los infortunios laborales que, ciertamente, deben estar exclusivamente solventados por los empleadores y sus aseguradoras.

Se incentiva la utilización de prestadores ajenos al sistema de seguros que desfinancia el sistema público de salud y las obras sociales, con la única finalidad de aliviar y reducir los costos de estas

mutuales, recargando los demás subsistemas de salud ajenos a toda responsabilidad por infortunios laborales.

Cabe preguntarse en que se utilizará ese diferencial que contarán esas mutuales respecto a las aseguradoras que financian sus propios prestadores.

Es un interrogante que deberá dilucidarse en el futuro. Aunque en relación a las experiencias de funcionamiento de entes colectivos similares no somos muy optimistas, y aparenta ser otra variante para abaratar costos del seguro con un riesgo de perjuicio para las víctimas, en cuando a prestaciones en especie de menor calidad, y también dinerarias inferiores. Esto último por la posibilidad no difícil de imaginar de existencia de practicas corporativas, que determinen que si el trabajador de una mutua paritaria litigue contra la misma ingrese en una lista negra, que le impida conseguir empleo en la misma actividad en la que normalmente se ha capacitado.

El art. 13 del decreto 1720/12 reza: Las asociaciones profesionales de empleadores y las asociaciones sindicales de trabajadores con personería gremial también podrán impulsar, por razones de solidaridad sectorial, de manera independiente y cualquiera sea su grado de agrupación, la constitución de una ART-MUTUAL como entidad de derecho privado sin fines de lucro, en los términos del art. 26, inc. 1, de la Ley N° 24.557 y sus modificaciones y del art. 2, inc. a, de la Ley N° 20.091 y sus modificatorias.

Esta disposición permite la creación de mutuales sin necesidad de acuerdo paritario y puede ser creadas por el sector sindical o patronal en forma independiente.

Parece ser un nuevo negocio que aprovecharán los sectores sindicales que disponen de obras sociales de envergadura, que utilizarán los prestadores de las mismas, reduciendo costos, e ingresando a la actividad aseguradora con evidentes ventajas, que introduce el interrogante, si estos nuevos entes serán en beneficio de los trabajadores, o simplemente una nueva área de negocios con finalidades de lucro solapadas.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

El proyecto ha olvidado que en materia de daños laborales el bien jurídico protegido es la vida y la salud integral de las trabajadoras y trabajadores y, a ello, debe atender el Estado. La situación de riesgo, la inseguridad y la imprevisión se refieren a la persona que trabaja y a las condiciones en las que realiza su labor. Por tal motivo de ocurrir un infortunio esa tutela solo se logra a través del resarcimiento de todos los daños sufridos por la víctima, no solo los que pudiesen corresponder por el menoscabo de la actividad productiva sino que la reparación debe comprender: 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. Como corolario de estas afirmaciones, para que una indemnización sea considerada justa no debe existir daño que no deba ser cabalmente reparado. En este sentido las indemnizaciones tarifadas de la LRT por incapacidad permanente, por más mejoras que presenten constituyen una reparación parcial e insuficiente de las remuneraciones del trabajador antes del infortunio. El trabajador debe tener siempre abierta la posibilidad de completar esa reparación del lucro cesante con el resarcimiento de los demás daños no contemplados en la tarifa.

El derecho a la reparación integral del daño injustamente sufrido ha sido desarrollado por la Corte Suprema en distintos y sucesivos fallos, como un derecho de raigambre constitucional con fundamento en el principio de «no dañar» del art. 19 de la Constitución Nacional, el que se halla reglamentado en los arts. 1109, 1113 1074 y demás disposiciones concordantes del Código Civil, pero que se aplican a todas la ramas del ordenamiento jurídico.

Es decir que la Corte ha jerarquizado el Derecho de Daños, poniendo énfasis en los derechos de la víctima, considerándola integralmente, como persona que trabaja, que consume, que está expuesta al medio ambiente, al tránsito de vehículos, etc., pero, esencialmente, como un ser humano, al que le corresponde una indemnización justa, entendida como plena e integral, en caso de resultar dañada injustamente en cualquier ámbito. Se trata ahora de la protección del «hombre» o de la «mujer» a secas, no más de la persona como homo económicas, homo faber, trabajador, productor o creador de riquezas. Del hombre con toda su dignidad, como «cosa sagrada», cualquiera sea su edad y condición trabajo o este desocupado, sea nacional o extranjero.

Limitar las indemnizaciones, como se dispone a través de la «opción excluyente con renuncia» implica mantener un margen del perjuicio en cabeza del dañado, aspecto que, en definitiva, violentaría los principios constitucionales emanados del art. 19 de la Carta magna y de los Tratados internacionales.

Para los trabajadores, el daño a su salud e integridad psicofísica adquiere una relevancia sustancial ya que, a diferencia de otras categorías de dañados, solo poseen para obtener su sustento el ingreso salarial que le provee el empleo en que están 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 su remuneración de carácter alimentaria. Por otra parte, la necesidad de obtener su sustento de carácter alimentario, lleva al prestador de trabajo a incorporarse cotidianamente a la esfera de riesgos del empleador, asumiendo peligros y la posibilidad de un hecho dañador, en una proporción mayor que otros sujetos.

En definitiva el trabajador víctima de un accidente del trabajo goza de una doble tutela constitucional. Una protección general emanada del art. 19 de la Constitución Nacional según lo ha entendido la Corte Suprema en el caso "Aquino", (y aun antes de este leading case en otras causas relevantes) similar a la que gozan los restantes habitantes de la Nación y una tutela laboral específica emanada del art.14 bis, que prescribe que el trabajo gozará de la protección de las leyes, lo que ha sido ratificado y ampliado con la incorporación de los Tratados Internacionales por la reforma constitucional de 1994(36).

Se habían saltado las vallas, los cerrojos carentes de juridicidad e insostenibles de la Ley de Riesgos del Trabajo, para encontrarnos al final del camino con nuevos impedimentos de similar carácter inconstitucional

Por eso causa perplejidad que se insista con esta propuesta, luego de tantos años de lucha judicial y después de haber quedado consolidado definitivamente, con jerarquía constitucional, el derecho irrestricto de los trabajadores al acceso a la justicia a fin de obtener la reparación integral de los daños sufridos como consecuencia del empleo, conforme la jurisprudencia de los leading cases "Aquino", "Llosco", "Silva", "Arostegui", entre otros, dictados por el máximo Tribunal federal.

Creemos que esa jurisprudencia constitucional refleja la conciencia jurídica de nuestro país, en esta etapa histórica, de modo que constituye una frontera a las posturas regresivas del proyecto y una fuente de inspiración para los nuevos planteos de inconstitucionalidad que la nueva normativa. Esta base jurisprudencial seguramente determinará que las flagrantes inconstitucionalidades que contiene el proyecto acentuarán la litigiosidad, porque la citada norma será nuevamente cuestionada en los Tribunales, que declararán la inconstitucionalidad de esta propuesta en caso de ser aprobada definitivamente por el Congreso.

En definitiva, las leyes, su vigencia y aplicabilidad, dependen de lo que los jueces dicen a propósito de ellas, sin excluir a los abogados, que somos los dinamizadores principales del mundo jurídico.

Estas afirmaciones han quedado suficientemente ratificadas durante la vigencia de la LRT, cuya normativa inconstitucional no impidió conquistar un amplio espacio reparatorio para los damnificados

laborales, a partir de la acción de Abogados de a pie, quienes, con sus planteos, promovieron los pronunciamientos judiciales del máximo Tribunal de la Nación en su histórica jurisprudencia constitucional en materia de infortunios del trabajo.

Formulamos deseos, de que la Cámara de Diputados se ilumine y ponga límites a este viraje regresivo y avance sobre los derechos adquiridos de los trabajadores, que con el asesoramiento letrado de los abogados, bregaron largos años en pos de un sistema reparatorio, más justo y coherente con las garantías constitucionales.

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

(2) FUNES DE RIOJA, Daniel, "La industria insiste con su planteos", Suplemento Económico iECO, diario Clarín, 9/08/2009, p. 7.

(3) <http://www.cronista.com/economiapolitica/-20121002-0127.html>: "Para-Moyano la ley de ART es un gran retroceso legal" El secretario general de la CGT, Hugo Moyano, criticó esta tarde el proyecto de ley que impulsa el kirchnerismo sobre Aseguradoras de Riesgo de Trabajo (ART) al afirmar que "no tiene nada que ver con beneficiar a los trabajadores y, por el contrario, es un gran retroceso legal".

(4) Versión taquigráfica de la sesión Senado 3.10.2012, <http://www.senado.gov.ar/web/taqui/cuerpo1.php>.

(5) Íd. En igual sentido se pronunció el Senador Artaza (UCR) quien señaló ¿Quién se beneficia si en un tratamiento tan veloz en las comisiones han escuchado solamente a dirigentes de la Unión Industrial, de la Cámara Argentina de Comercio y de los sindicatos amigos y no se ha consultado a la CGT, ni a los

trabajadores, ni a las pymes? Técnicamente se ha expresado muy bien el senador Martínez. Estamos en una época de reparación en la cual los grandes partidos nacionales podemos llegar a coincidir como, por ejemplo, lo vimos en la ley de estatización de YPF. Por eso, me resulta insólito que ustedes desde el Senado puedan defender un proyecto de ley que beneficia únicamente a las ART. Agregando el mismo Senador Artaza que: Una vez escuché en este recinto -y me pareció loable- a una senadora decir: "Yo no vengo a ser aquí 'la recluta Fernández'. Eso lo dijo la actual presidenta de la Nación, Cristina Fernández de Kirchner. Espero que la lucidez de todos ustedes, de una parte del justicialismo, no les permita cometer este retroceso respecto de los derechos de los trabajadores, como bien explicó la senadora Negre de Alonso. Incomprensible retroceso que les da angustia a los trabajadores por tener que elegir si van a aceptar lo que les propone la ART o si tienen que ir por la vía judicial. La verdad es que me resulta incomprensible y espero que en esta ocasión, como en otras, nos puedan escuchar. Hoy hablé de las sumas no remunerativas, que hubiera evitado este conflicto que estamos viviendo, como antes del mínimo no imponible y otros tipos de leyes. Honestamente, lo digo con la esperanza de que pueda revertir esta forma recluta de esperar a ver qué les dice el Poder Ejecutivo, me hubiera gustado para este gobierno, que tiene un límite constitucional y que ha tenido luces y sombras como todos los gobiernos en la Argentina -y que los seguirá teniendo, que cuando termine dentro de tres años esto hubiera sido un logro en el sentido de seguir avanzando en los derechos, como lo hemos hecho. Es decir, superando prejuicios para poder avanzar como lo realizamos con tantas legislaciones que hemos tratado en este Senado de la Nación y también en la Cámara de Diputados. Por esta razón, me resulta incomprensible que haya tenido este tratamiento. Y, por eso, reivindico el rol del Congreso de la Nación. Aquí tendría que haberse dado el debate y citar, como lo hemos hecho desde la Comisión de Trabajo y Previsión Social ayer, a los diferentes actores, a los trabajadores, a las pymes y a los productores que se ven perjudicados. Esto se hizo mediante un dictamen que se firmó en forma

sorprendentemente veloz, escuchando únicamente a los representantes de las corporaciones como la Unión Industrial Argentina o las ART. Hemos visto que se han quejado los trabajadores, las pymes, los productores, pero no hemos visto quejarse a las ART, que son las grandes beneficiadas. Como decía, este gobierno tiene un límite constitucional y dentro de tres años finalmente va a terminar este período, pero van a seguir los litigios que va a producir este proyecto de ley que tiene todas las posibilidades, obviamente, de ser Inconstitucional.

(6) CSJN, 3/11/2009, "Arcuri Rojas, Elsa c/ ANSeS".

(7) Versión taquigráfica de la sesión del Senado 3.10.2012,
<http://www.senado.gov.ar/web/taqui/cuerpo1.php>

(8) Maza, Miguel Ángel,: Tres buenas noticias y mucha decepción en relación al proyecto de reformas a la ley sobre riesgos del trabajo remitido por el PEN al Congreso, La Ley On Line, Ley de Riesgos del Trabajo, Año 5, Nro 42, 3.10.2012, www.laleyonline.com.ar

(9) Funes de Rioja, Daniel Etala (h.), Juan José, El proyecto de Ley de Riesgos del Trabajo,
www.laleyonline.com.ar.

(10) Versión taquigráfica de la sesión Senado 3.10.2012,
<http://www.senado.gov.ar/web/taqui/cuerpo1.php>

(11) Versión taquigráfica de la sesión del Senado <http://www.senado.gov.ar/web/taqui/cuerpo1.php>.

(12) Rodríguez Mancini, Jorge, "Sobre el proyecto de modificación a la ley de riesgos del trabajo",
www.laleyonline.com.ar.

(13) Ibidem.

(14) MOSSET ITURRASPE, Jorge, Responsabilidad por Daños, Tomo IX: "Responsabilidad de la empresa", Rubinzal-Culzoni, p. 85.

(15) Versión taquigráfica de la sesión del Senado 3.10.2012,
<http://www.senado.gov.ar/web/taqui/cuerpo1.php>.

(16) Íd.

(17) Íd.

(18) SCHICK, Horacio, Riesgos del Trabajo Temas Fundamentales, Tomo II, páginas 619 y siguientes, Cuarta Edición, David Grinberg-Libros Jurídicos.

(19) ÁLVAREZ, Eduardo, "La responsabilidad civil. Validez constitucional del artículo 39 de la LRT",
Revista de Derecho Laboral, 2001-2, Ley de Riesgos del Trabajo-I, pp. 164 y 165

(20) O.cit.

(21) CSJN, sentencia C-315.34 del 6/10/1998, "Munilla, Gladys c/UNITY OIL SA s/Accidente - Acción civil".

(22) SCHICK, Horacio, Riesgos del Trabajo Temas Fundamentales, Tomo I, pagina 199, Cuarta Edición, David Grinberg-Libros Jurídicos.

(23) FERNÁNDEZ MADRID, J. C., Tratado práctico de derecho del trabajo, t. I, p. 470, 471 y 477, Buenos Aires: La Ley, 1989.

(24) GARCÍA MARTÍNEZ, Roberto, "Relaciones e influencias entre el derecho civil y el derecho del Trabajo", LT XXX, Editorial Contabilidad Moderna, p. 494.

(25) DE LA FUENTE, Horacio, "Posibilidad de modificar el Derecho Civil para adaptarlo a los derechos especiales", DT 1995-A, p. 14.

(26) Versión taquigráfica de la sesión Senado 3.10.2012,
<http://www.senado.gov.ar/web/taqui/cuerpo1.php>

(27) Íd.

(28) CSJN, 05 de noviembre de 1996, "Jaimes, Juan T. c/ Alpargatas S.A."

(29) De Diego, Julián, en El Cronista Comercial, 26 de septiembre de 2012.

(30) SCHICK, Horacio, Riesgos del Trabajo. Temas fundamentales, Tº I, David Grinberg-Libros jurídicos, p. 443.

(31) ZAS, Oscar, "El Procedimiento antes las comisiones médicas, a la luz de las normas de jerarquía constitucional", Revista de Derecho Laboral, 2008, 1. Procedimiento laboral III, Rubinzal-Culzoni, p. 245.

(32) Sentencia definitiva 70573, CNAT Sala V, "González, Protacio c/Berkeley International ART SA s/Accidente".

(33) Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS), 18/12/07, Recurso de Hecho, "Silva, Facundo Jesús c/Unilever de Argentina SA".

(34) Dictamen de la Fiscal Adjunta, Nro 48.978 al cual adhiere la Sala, CNAT, Sala IX, Sent. Int. 11.472 del 20/11/2009, Expte. N° 17.675/09 "Cruz, Benito Alfonso c/Crown SA s/accidente-ley especial".

(35) Versión taquigráfica sesión del Senado 3.10.2012,
<http://www.senado.gov.ar/web/taqui/cuerpo1.php>.

(36) ÁLVAREZ, Eduardo, "Validez constitucional del artículo 39 de la ley 24.557", Revista de Derecho Laboral, Ley de Riesgos del Trabajo I, Rubinzal-Culzoni, 2001-2002, pp. 162-3.

(36) O. cit.

(*) Abogado especializado en derecho del trabajo. Profesor en la Maestría de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales Internacionales, Universidad de Tres de Febrero, y en el Posgrado de Derecho del Trabajo, UBA. Ex asesor legislativo de la Cámara de Diputados de la Nación. Expresidente de la Asociación de Abogados Laboralistas. Autor de numerosos artículos y expositor en diversos cursos, paneles y jornadas de su especialidad.