

Acción autónoma laboral de la ley de contrato de trabajo luego del dictado de la ley 26.773

Autor: Schick, Horacio

Publicado en: DT2013 (mayo), 1150

Sumario: I. Introducción.- II. Fundamentos y competencia de la Justicia Nacional del Trabajo.- III. Disidencias doctrinarias.- IV. El artículo 195 de la LCT. Tutela especial de menores.- V. Prohibición del trabajo penoso, peligroso e insalubre de mujeres.- VI. Superación de la opción excluyente con renuncia.- VII. Conclusión

Abstract: Existe una tercera acción laboral autónoma fundada en los incumplimientos al deber de seguridad previsto en el artículo 75 de la Ley de Contrato de Trabajo y también en los artículos 195 y 176 de la LCT y demás disposiciones concordantes de la que integran los otros sistemas de responsabilidad referidos en el artículo 4° segundo párrafo de la ley 26.773, diferente de la acción de la ley 24.557 con sus modificatorias y de la del régimen del derecho civil.

I. Introducción

Hemos sostenido en distintos artículos recientes ⁽¹⁾ la tesis de que el artículo 75 de la LCT habilita una tercera acción autónoma que integra los otros sistemas de responsabilidad que menciona el artículo 4° segundo párrafo de la ley 26.773, diferente de la acción de la ley 24.557 y modificatorias y de la del régimen del derecho civil. Asimismo sostenemos que en esta acción es competente la justicia laboral y que el resarcimiento por los incumplimientos al deber de seguridad contemplado en dicha norma debe ser resarcido sobre la base de lo dispuesto en el derecho civil.

El Profesor Jorge Rodríguez Mancini ha manifestado en una reciente nota doctrinaria la disidencia con esta tesis, excluyendo del ámbito laboral el tema de la reparación de daños por el incumplimiento del deber de seguridad fundado en el artículo 75 de la LCT, remitiéndolo de manera expresa y terminante al régimen de la ley de riesgos. Sostiene el distinguido jurista que después del dictado de la ley 26.773, coexisten sólo dos sistemas de reparación de daños: el especial de la ley 24.557 y el previsto en el Código Civil. En este campo, la competencia por las acciones fundadas en la LRT será de los tribunales laborales, pero para aquellas que se sustentan en el Código Civil con base en la apertura que brinda el artículo 4° de la ley 26.773, la competencia será civil. ⁽²⁾

Desarrollaremos en primer lugar nuestra tesis, para luego ocuparnos de la disidencia referida.

II. Fundamentos y competencia de la Justicia Nacional del Trabajo

El artículo 17 inciso 2 de la ley 26.773 establece que: A los efectos de las acciones judiciales previstas en el artículo 4° último párrafo de la presente ley, será competente en la Capital Federal la Justicia Nacional en lo Civil. Invítase a las provincias para que determinen la competencia de esta materia conforme el criterio establecido precedentemente.

A su vez, el citado último párrafo del artículo 4° de la ley 26.773 prescribe que: En los supuestos de acciones judiciales iniciadas por la vía del derecho civil se aplicará la legislación de fondo, de forma y los principios correspondientes al derecho civil.

Asimismo, el segundo párrafo del artículo 4° hace referencia a otros sistemas de responsabilidad, de modo que implícitamente se está reconociendo en el nuevo cuerpo legal que, además de la acción emergente de la ley especial y de las provenientes del régimen del Código Civil, existen otras vías reparatorias.

En efecto, el párrafo segundo del artículo 4° dice: 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.

Es evidente que si el legislador se hubiera referido sólo al régimen civil así lo hubiera expresado, de modo que cabe interpretar sin hesitación que se ha consolidado la existencia de tres vías reparatorias: la vía especial constituida por la Ley de Riesgos del Trabajo y sus normas reglamentarias; la acción fundada en el derecho común; y el acceso propio mediante la solución ante la infracción del deber de seguridad previsto en el artículo 75 de la Ley de Contrato de Trabajo y sus normas concordantes.

Es decir que el legislador reconoce la existencia de diferentes acciones judiciales derivadas de otros sistemas de responsabilidad y, dentro de estas, admite una tercera, esto es, la acción autónoma del artículo 75 de la Ley 20.744 (t.o. 1976), por violación de las normas de higiene y seguridad.

La competencia natural para dirimir esta acción autónoma es, consecuentemente, el fuero del trabajo.

Nuestro Máximo Tribunal, en el fallo "Jaimes" ⁽³⁾ estableció hace ya largo tiempo la competencia del fuero

laboral especialmente habilitado para conocer en las controversias vinculadas al contrato de trabajo en función de lo previsto en el artículo 20 de la Ley 18.345 al señalar que: La competencia para resolver esta contienda no está dada por las disposiciones aplicables para determinar la extensión del resarcimiento o la valuación del daño sino por la índole de las prestaciones que se invocan como insatisfechas, cuya consideración debe ser efectuada con los criterios particulares derivados del trabajo humano". Asimismo, señaló la Corte Suprema que la atribución específica de una aptitud jurisdiccional a determinados juzgados para entender en ciertas materias, en el caso del contrato de trabajo, cabe entenderla indicativa de una especialización que el orden legal les reconoce, particularmente relevante a falta de previsiones que impongan, nítidamente, una atribución distinta; más aún, atendiendo al énfasis puesto por el actor al destacar el supuesto incumplimiento por el empleador de los deberes establecidos por la ley 19.587 y el decreto 351/79 (Art. 75 LCT), preceptos de indubitable naturaleza laboral.

Si bien el fallo "Jaimes" está referido a la acción basada en el artículo 75 LCT durante la vigencia del artículo 16 de la ley 24.028, su contenido recobra pleno vigor y operatividad ante la sanción de la nueva ley que copia aquella norma pretérita y amplía -como ya expresamos- el espectro de acciones resarcitorias posibles.

Insistimos en que el artículo 75 de la LCT habilita una tercera acción autónoma que integra los otros sistemas de responsabilidad mencionados por el artículo 4° segundo párrafo de la ley 26.773. Una interpretación contraria, negadora de esta vía reparatoria, implicaría consentir la falta de resarcimiento ante los incumplimientos contractuales al deber de seguridad, asunto inaceptable a la luz del actual desarrollo de la conciencia jurídica de nuestra época, alimentada por la copiosa jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de daños laborales.

Ya hace muchos años, Eduardo Álvarez sostenía: la admisibilidad de una pretensión autónoma dirigida a efectivizar la responsabilidad contractual del empleador cuando el trabajador padece un daño que guarda un cabal nexo causal con el incumplimiento de la obligación de seguridad, y en este aspecto no me siento aislado porque en esta línea se inscribe el pensamiento de Justo López; Antonio Vázquez Vialard; Máximo Daniel Monzón; Horacio De la Fuente; Juan Carlos Fernández Madrid; Isidoro Goldenberg y, entre los civilistas, nada menos que Jorge Joaquín Llambías y Atilio Alterini". Y agregaba: "en consecuencia se impone concluir que, ante un infortunio laboral, nacen tres tipos de acciones: a) La acción emergente de la norma transaccional específica, como lo es la ley 24.028, (ley tarifada vigente en esa época) en el marco de una responsabilidad objetiva basada en la ocasionalidad; b) la acción por responsabilidad extracontractual por negligencia, dolo o riesgo, a la que aludía el Fallo Plenario N° 169, recaído en los autos 'Alegre, Cornelio c/Manufactura Algodonera Argentina SA' y que se enmarca en lo dispuesto por los artículos 1109, 1113 y concordantes del Código Civil, de típico carácter aquiliano y c) la acción tendiente a efectivizar la responsabilidad contractual cuando el incumplimiento de la obligación genérica o específica de seguridad origina un daño al dependiente. Se ha dicho en alguna oportunidad, como fundamento a la tesis que niega a esta tercera acción, que la disposición del artículo 75 de la Ley de Contrato de Trabajo carecería de autonomía al no preverse las consecuencias jurídicas del incumplimiento. Esta argumentación nos parece francamente peregrina porque el Derecho del Trabajo no presenta una autosuficiencia, que por otra parte sería innecesaria, en materia de responsabilidad contractual, y corresponde recurrir a las disposiciones del Derecho Civil que el legislador, con buen criterio, consideró ocioso reiterar. Por lo tanto, y como lo señalara claramente Ricardo Guibourg al votar en segundo término en la causa 'Pandiani, José María c/Intela SA' (sent. del 19/2/80, DT 980, pág. 701 y ss.) frente al daño efectivamente causado deben aplicarse las normas civiles sobre responsabilidad contractual (art. 519 y ss. del C.C.). (4)

En sentido coincidente el Dr. Oscar Zas, analizando circunstancias similares a las actuales, durante la vigencia del artículo 16 de la ley 24.028, señaló coincidentemente que la pretensión fundada en la responsabilidad nacida del incumplimiento de obligaciones tipificadas por la legislación laboral no está comprendida en el supuesto legal que sostiene la competencia del fuero civil, máxime cuando los magistrados de este fuero deben juzgar la responsabilidad alegada sobre la exclusiva base de la legislación civil y en el caso se están invocando infracciones de deberes específicamente contemplados en las leyes del trabajo. También señaló este destacado autor que no corresponde vedar al trabajador la posibilidad de invocar el incumplimiento de una obligación contractual, aunque regulada legalmente en forma expresa por tratarse de una materia de orden público; esto es una obligación de seguridad (Art. 75 y cc. de la LCT) como fundamento autónomo de una acción resarcitoria del daño vinculado causalmente a dicho acto u omisión antijurídico, ajena a la opción prevista por el artículo 16 de la ley 24.028. (5)

La interpretación de esta doctrina en los tiempos actuales, luego de la sanción de la LRT, del pronunciamiento en los fallos "Aquino" y "Llosco" y del dictado de la ley 26.773, implica que, sin perjuicio de ratificarse la inconstitucionalidad del régimen de opción con renuncia establecido por la ley bajo análisis, sigue rigiendo la acción laboral autónoma del artículo 75 de la LCT, que no ha sido tratada ni cercenada por el nuevo texto legal.

Por otra parte, es evidente que, a la luz de la doctrina constitucional del Máximo Tribunal de la Nación, ha quedado tácitamente derogada la disposición adicional 1° del artículo 49 de la ley 24.557, que modificó regresivamente el artículo 75 de la LCT, al intentar vaciar de contenido resarcitorio el incumplimiento del principal respecto del deber de previsión, constituyendo una exoneración injustificable de la responsabilidad patronal por la seguridad de sus dependientes, al pretender liberarlo de toda responsabilidad por incumplimiento de este deber intrínseco de la relación de trabajo.

En efecto, el segundo párrafo del artículo 75 en su redacción según la Ley 24.557 (LRT), dispone la limitación reparatoria de los infortunios laborales a raíz de los daños sufridos por el trabajador como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones anteriores, sólo en el marco de la ley 24.557. Se trata de una norma de alcances mezquinos ya que, más que regular derechos o deberes de las partes del contrato, intentó reforzar la aplicación única del régimen reparatorio de esa ley (art. 39, ap. 1 de la ley 24.557, que -como ya se hiciera referencia- la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró inconstitucional en el caso "Aquino, Isacio c/Cargo Servicios SA" por impedir el acceso del trabajador accidentado a una reparación integral por los daños originados en el empleo).

La LRT en este supuesto llegaba al absurdo de convertir al trabajador en el único sujeto que carecía de acción para demandar el cumplimiento de las normas de higiene y seguridad. La ley 24.557 sólo habilitaba a efectuar una denuncia ante la Superintendencia de Riesgos del Trabajo. En tanto, el trabajador debía prestar sus servicios en condiciones de labor inferiores a las que impone la ley 19.587 y el decreto 351/79 y demás normas reglamentarias en materia de higiene y seguridad.

En consecuencia, más allá de la redacción del actual artículo 75, inciso 2º -según el art. 49, primera disposición adicional de la ley 24.557-, que llamativamente no ha sido modificada por el texto legal recientemente aprobado, subsiste la acción autónoma para reparar los daños y perjuicios que sufre el trabajador por el incumplimiento del deber de seguridad que ha vulnerado su empleador.

Además, aun teniendo presente la intención de encorsetamiento del deber de seguridad que efectúa la Ley sobre Riesgos del Trabajo, éste subsiste también con sustento en el artículo 76 de la Ley de Contrato de Trabajo, que prescribe: "el empleador deberá reintegrar al trabajador los gastos suplidos por éste para el cumplimiento adecuado del trabajo y resarcirlo de los daños sufridos en sus bienes por el hecho y en ocasión del mismo". Mientras el incumplimiento del deber de seguridad podía admitir que los "bienes" a los que se refiere el artículo 76 fuesen valores distintos de la indemnidad psicofísica, a partir de la restricción impuesta por la nueva redacción del artículo 75 de la LCT al artículo 76 del mismo cuerpo normativo, deberá asignársele una nueva valoración interpretativa, con mayor sentido si la articulamos con la interpretación más favorable prevista en el artículo 9º párrafo segundo de la Ley de Contrato de Trabajo. (6)

Esta acción de naturaleza laboral no tarifada (acción laboral común o común laboral, como quiera llamársela) será además contractual no con referencia a cualquier contrato, sino con referencia al contrato de trabajo que es un contrato especial, con una sistemática jurídica de referencia a la que nunca podrán ser ajenos los principios generales de nuestra materia y que, por lo tanto, como acción (en el sentido final dado por Couture, al derecho constitucional de peticionar), sólo podrá ser juzgada dentro de la sistemática laboral, siendo el derecho civil sólo una fuente supletoria y subordinada a los principios generales de nuestra rama jurídica, a utilizar cuando las lagunas del derecho laboral lo reclaman. (7)

En efecto, podría ocurrir que el dependiente, en razón de que el principal no dio cumplimiento a alguna norma de seguridad industrial, sufriera un infortunio laboral. En esta situación, aunque no concurrieran los presupuestos de la responsabilidad aquiliana, si se presentara claramente un incumplimiento contractual (de origen legal), en última instancia, importaría una violación al artículo 75 de la LCT y, al producir un daño, daría derecho al dependiente a reclamar la reparación integral del mismo.

Igualmente, el Profesor Fernández Madrid destaca el deber de previsión en cabeza del empleador, que abarca el conjunto de medidas que éste debe adoptar en relación a las condiciones particulares de la tarea o función, a fin de evitar que el trabajador sufra daños en su persona o en sus bienes o se afecte su dignidad. En tal sentido, debe adecuar su conducta para la obtención de dicha finalidad, extremando su diligencia en el ejercicio del poder de dirección, excluyendo toda forma de abuso de derecho y considerando siempre en la toma de decisiones, como prevaleciente, el cuidado de la persona y bienes del trabajador. A través del ejercicio de este deber se manifiesta en toda su importancia el principio protectorio. El fundamento del deber de previsión es el principio de indemnidad ínsito en el cumplimiento regular del contrato, que se expresa a través de distintas disposiciones de la ley, de convenios colectivos y de los reglamentos de empresa. (8)

En definitiva, según el mismo este mismo autor, el empleador debe cumplir con los deberes contractuales (implícitos o explícitos), con cuidado y previsión. Como es él quien organiza y dirige la empresa, debe actuar en ese ámbito que le pertenece atendiendo a la persona del trabajador y al cuidado de sus bienes (patrimonio) para que, quien aporta su trabajo, no sufra menoscabos espirituales o materiales por causa del ejercicio de dichos poderes y facultades.

El párrafo primero del artículo 75 impone al empleador la obligación de "observar las normas legales sobre higiene y seguridad en el trabajo, y a hacer observar las pausas y limitaciones a la duración del trabajo establecidas en el ordenamiento legal". Las "normas legales" a que se refiere el artículo son, en materia de higiene y seguridad en el trabajo, principalmente la ley 19.587 de higiene y seguridad en el trabajo, sus decretos reglamentarios 351/79, 911/96, 917/96 y la Ley de Riesgos del Trabajo (LRT) 24.557 y resoluciones reglamentarias de ésta y de la SRT. En cuanto a "las pausas y limitaciones a la duración del trabajo" están reguladas principalmente por la ley 11544, las numerosas disposiciones reglamentarias y las normas pertinentes de la LCT, vale decir, los artículos

196 a 207 de la ley 20.744.

III. Disidencias doctrinarias

Como se hiciera referencia al principio de esta nota, existen diferencias con la tesis amplia que se viene exponiendo, que plantean excluir del ámbito laboral el tema de la reparación de daños por el incumplimiento del deber de seguridad fundado en el artículo 75 de la LCT y lo remiten de manera expresa y terminante al régimen de la ley de riesgos. Por ello sostienen que en el marco de la ley 26.773, coexisten sólo dos sistemas de reparación de daños: el previsto en la ley 24.557 y el fundado en el Código Civil. En este campo, la competencia por las acciones fundadas en la LRT será de los tribunales laborales, pero para aquellas que se apoyan en el Código Civil con sustento en la apertura que brinda el artículo 4º de la ley 26.773, la competencia será civil.

En este andarivel el Dr. Rodríguez Mancini dice que: para que pudiera reabrirse el debate acerca de la creación de una tercera acción por violación del deber de seguridad, debería haberse vuelto, en el mejor de los casos, al texto anterior al que modificó la disposición adicional primera del art. 49 de la ley 24.557, cuya "derogación tácita" por efecto de la jurisprudencia de la Corte Suprema, estimo que no puede válidamente predicarse ya que en todo caso, como lo señalé más arriba, los fallos a partir de "Aquino", sólo han habilitado la vía de la acción civil pero en modo alguno han hecho referencia a un tema tan particular como es el de ver una tercera acción de responsabilidad laboral en el art. 75 en cuestión.

Con todo respeto por el distinguido profesor, y a los seguidores de esta postura restrictiva, creemos que colocar como un obstáculo para la aplicación del resarcimiento por incumplimiento al deber de seguridad a la mutilación regresiva e inconstitucional del segundo párrafo del artículo 75 de la LCT por parte del art. 49, primera disposición adicional de la ley 24.557, no es sostenible a esta altura del desarrollo de la conciencia jurídica de nuestro país y de los fallos de la Corte Suprema que consagraron el derecho al resarcimiento íntegro de los daños injustamente sufridos por las víctimas de infortunios laborales.

Que la Corte no se haya pronunciado específicamente por el citado 75 no impide que la doctrina de "Aquino", "Llosco" y "Arostegui" iluminen toda la materia resarcitoria laboral, cualquiera sea la fuente obligacional: sea de naturaleza aquiliana o contractual. La lectura literal y dogmática de la segunda parte del 75 de la LCT luce arcaica, injusta e inconstitucional. Al incumplimiento del deber de seguridad no puede prevenir como consecuencia exclusiva la reparación intrasistémica de la ley. Esta interpretación se parece lamentablemente a la disquisición literal que originariamente se hacía del artículo 39 párrafo 1º de la ley 24.557.

Por otro lado, el eminente profesor no contempla en su análisis que el legislador de la ley 26.773 en el segundo párrafo del artículo 4º menciona otros sistemas de responsabilidad. Ese plural no puede indicar otra cosa que -además de la ley especial- está admitiendo varios sistemas: no sólo el civil, además del tarifado. Entonces cabe preguntarse ¿a qué otro sistema podría haberse hecho referencia sino, cuando menos, al régimen específicamente laboral del artículo 75 de la LCT?

Como señalara humorísticamente el profesor Eduardo Álvarez en un reciente debate técnico jurídico, siempre se ha visto a la gente comerse las 'eses', nunca agregarlas, así que ese plural no es meramente casual u olvido del legislador sino que tiene un reconocimiento de esta acción negada por el jurista con el que nos vemos obligado a discrepar. (9)

La mayor parte de las manifestaciones de este deber están establecidas en la ley 19.587 y sus decretos reglamentarios, encontrando un espectro más amplio en las disposiciones de los artículos 62 y 63 de la LCT y en el artículo 19 de la Constitución Nacional.

Bien dice el Prof. Juan Carlos Fernández Madrid que la actual redacción de la disposición legal en cuestión no obsta a la aplicación de las pautas generales en materia de responsabilidad por daños y, en especial, a la reparación propia de la órbita de responsabilidad contractual; más aún cuando lo que está en juego es la salud y la integridad del dependiente. Cuestión esta que se vincula con los diversos planteos de inconstitucionalidad que mereció el artículo 39 de la ley 24.557, que fueron receptados por un número importante de jueces y por la CSJN en los casos Aquino y Gorosito, con fundamento en la desfavorable situación en que se encuentra un trabajador al momento de reclamar ante la justicia por los daños derivados por el hecho o en ocasión del trabajo, frente a las posibilidades que la normativa le brinda a cualquier ciudadano que haya sufrido un daño a raíz del mismo evento y a los principios tutelares del trabajador. (10)

Según Carlos Alberto Etala el párrafo segundo del artículo, originado en una modificación introducida al texto por el artículo 49, Disposición 1ª de la ley 24.557, persiguió el inequívoco propósito de limitar las acciones y prestaciones de reparación y rehabilitación motivadas por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales exclusivamente a las previstas por la Ley de Riesgos del Trabajo. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, con fecha 21/09/2004, en los autos "Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales S.A.", declaró la inconstitucionalidad del art. 39, inciso 1, ley 24.557, en cuanto exime al empleador de toda responsabilidad civil emergente de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales frente a sus trabajadores y los derechohabientes de éstos, con la excepción de la derivada del artículo 1072 del Código Civil (dolo del empleador). La doctrina de la CSJN sentada en la causa citada, abre entonces, la posibilidad para la promoción de acciones judiciales que

persigan la reparación integral de los daños sufridos por el damnificado con fundamento en la responsabilidad por la culpa contractual (art. 512 Código Civil) derivada de los incumplimientos por parte del empleador de los deberes emergentes del inciso 1) del artículo comentado. Los daños a reparar al trabajador damnificado lo serán, entonces, con fundamento en los arts. 505, inciso 3º, 506, 508, 511, 512, 519 a 522 y demás disposiciones del Código Civil relativas a la responsabilidad contractual. [\(11\)](#)

Señala Ángel González del Cerro que más lamentable resulta aún, lo dispuesto en el art. 49 adición primera de la L.R.T., al agregar un párrafo al art. 75 de la L.C.T., por el cual libera de responsabilidad al empleador, en los casos en que el trabajador sufre daños como consecuencia del incumplimiento del patrón a su obligación de cumplir con lo dispuesto en las normas de higiene y seguridad en el trabajo. Decimos que es más grave el error del legislador en este caso, porque aquí sí, libera de responsabilidad al empleador, en forma explícita, por dolo en el incumplimiento de sus obligaciones, lo cual resulta incongruente con el régimen civil de responsabilidad contractual, que prohíbe dispensar el dolo al deudor (art. 507), y contradice los principios establecidos en los art. 901 y ss. en relación a la imputabilidad de las consecuencias en los actos voluntarios. Se da así la paradoja de que es la propia ley, la que admite o legitima el ejercicio abusivo del derecho por parte del empleador, al facultarlo para que se exima de la responsabilidad que le cabe, por los daños que ocasiona al trabajador, como consecuencia del incumplimiento doloso de sus obligaciones. Se excede de este modo, los límites que imponen la moral, la buena fe y las buenas costumbres (art. 1071 C.C.). Como bien señala la Dra. Argibay, la ley carga las consecuencias dañosas a quien las sufre, y libera a quien las ocasiona, lo cual resulta manifiestamente inconstitucional, por violación al principio sentado en el art. 19 de la Carta Magna. Eximir al deudor de responsabilidad en caso de incumplimiento doloso de su obligación, contraría toda lógica jurídica, porque si las obligaciones se establecen para ser cumplidas (pacta sunt servanda), resulta contrario a su naturaleza y razón de ser, permitir al deudor el incumplimiento voluntario y deliberado, lo que equivale a la inexistencia de la obligación (Mayo, Jorge, "Código Civil Comentado, Anotado y Concordado", Director Belluscio, Coordinador Zannoni, Editorial Astrea, T. II, pág. 619, N° 15.). [\(12\)](#)

En sentido similar se pronunció Andrea García Vior quien ratifica la tesis que se viene exponiendo de que es de toda evidencia que el art. 75 habilita una acción autónoma -si se quiere, extrasistémica- para la reparación de las consecuencias dañosas originadas -en todo o en parte- de una violación al deber de seguridad que no llega a constituir a su vez, una de las contingencias cubiertas por la LRT. Interpretar la norma como un mero reflejo del sistema de la ley 24.557 la deja vacía de contenido e implicaría admitir la existencia de daños ocasionados en ilícitos contractuales que no merecen reparación, lo que resulta inadmisibles. Por otra parte no puede cuestionarse a esta altura de la discusión doctrinaria y jurisprudencial que, pese a la modificación que se operó en el texto del art. 75 LCT su contenido permanece inalterado a influjo de que aún continúan vigentes todas las normas de la LCT que tutelan la integridad psicofísica y moral del trabajador (arts. 4º, 65, 66, 68, 70, 72, 77 y concordantes LCT) y, a su vez, las previsiones de la ley de higiene y seguridad en el trabajo son lo suficientemente amplias como para involucrar en el deber de seguridad del empresario a "las medidas que según el tipo de trabajo, la experiencia y la técnica sean necesarias para tutelar la integridad psicofísica... de los trabajadores" (texto derogado de la norma en análisis). [\(13\)](#)

En definitiva el art. 49 disposición adicional primera de la LRT es contradictoria e inconstitucional, en tanto libera de responsabilidad al contratante que no cumple la obligación asumida, con dolo o malicia, contradiciendo así el principio liminar que rige en materia de obligaciones: pacta sunt servanda, poniendo las consecuencias dañosas a cargo de quien las sufre y liberando a quien las provoca, en manifiesta violación a lo dispuesto por el art. 19 de la Constitución Nacional, principio cardinal en materia de daños, según la jurisprudencia en materia de daños por parte de la CSJN (cf. "Aquino" y otros).

IV. El artículo 195 de la LCT. Tutela especial de menores

Puede señalarse otro supuesto especial -tendiente a efectivizar la responsabilidad contractual- en el incumplimiento de la obligación específica de seguridad por parte del empleador, originada en un daño a un dependiente menor de edad.

Ciertamente, una situación particular de responsabilidad plantea el actual artículo 195 de la LCT, inserto en el capítulo de la protección de trabajo de menores, el cual, a su vez, fue modificado recientemente por el artículo 13 de la ley 26.390 sobre prohibición del trabajo infantil y protección del trabajo adolescente, cuya redacción vigente es la que sigue:

Artículo 195: Accidente o enfermedad. En caso de accidente de trabajo o de enfermedad de una persona trabajadora, comprendida en el presente título, si se comprueba ser su causa alguna de las tareas prohibidas a su respecto, o efectuada en condiciones que signifiquen infracción a sus requisitos, se considerará por ese solo hecho al accidente o a la enfermedad como resultante de la acción u omisión del empleador, en los términos del artículo 1072 y concordantes del Código Civil, sin admitirse prueba en contrario.

La posibilidad de producir prueba en contrario se limita al supuesto de que el accidente o enfermedad deriven de hallarse el niño trabajador afectado en un sitio en el cual fuese prohibida o ilícita su presencia, y la permanencia en ese sitio no fuese conocida por el empleador.

V. Prohibición del trabajo penoso, peligroso e insalubre de mujeres

Otra situación de responsabilidad especial contractual del empleador está contemplada en el artículo 176 de la LCT, en el supuesto del infortunio laboral padecido por mujeres y causado por la ejecución de tareas vedadas por la ley.

Se encuentra especialmente prohibido en la LCT ocupar a mujeres en trabajos que revistan carácter penoso, peligroso, o insalubre (art. 176, LCT). Esta protección se vincula con la que en términos más genéricos establece el artículo 75 de la LCT y cabe aclarar que, en virtud de la prohibición del artículo 176, la jornada reducida prevista para el trabajo insalubre en el artículo 200 de la LCT sólo quedaría reservada a los hombres mayores de 18 años.

El artículo 176 de la LCT establece: Tareas penosas, peligrosas o insalubres. Prohibición. Queda prohibido ocupar a mujeres en trabajos que revistan carácter penoso, peligroso o insalubre. La reglamentación determinará las industrias comprendidas en esta prohibición. Regirá con respecto al empleo de mujeres lo dispuesto en el art. 195.

Es decir que, de acuerdo con la remisión del artículo 195 de la LCT en su nueva redacción por la ley 26.390, cabe presumir la "responsabilidad" del patrono en caso de destinar a una mujer trabajadora a tareas penosas, riesgosas o insalubres, no admitiéndose prueba en contra de dicha presunción, con las mismas particularidades que en el caso de los menores, precedentemente analizado.

Por aplicación del párrafo 2° del nuevo artículo 195 ya referido, en los casos en que el accidente o la enfermedad obedecieren al hecho de encontrarse circunstancialmente la dependiente en un lugar de trabajo en el cual fuere ilícita o prohibida su presencia, sin conocimiento del empleador, éste podrá probar su falta de responsabilidad, es decir, deberá acreditar que no fue responsable.

El empleador sólo en este caso podría eximirse de responsabilidad, de lo contrario rige la presunción iuris et de iure de que el infortunio ocurrió a causa de estar trabajando (la víctima) en lugares vedados para ella.

La prohibición estipulada por la norma es absoluta y alcanza a aquellas tareas penosas -que requieran de un gran esfuerzo-, peligrosas -generadoras de condiciones objetivas de riesgo para la salud psicofísica- e insalubres -que impliquen la posibilidad cierta de contraer enfermedades por el ambiente en el que se desarrollan. Sobre este último aspecto de la prohibición -tareas insalubres- rige todo lo referente al procedimiento taxativamente establecido en el artículo 200 segundo párrafo de la ley 20.744.

VI. Superación de la opción excluyente con renuncia

El artículo 4° segundo párrafo de la ley 26.773 establece que: 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.

La ley dispone que la elección de otros sistemas de reparación implica no obstante que el damnificado que elija la tercera vía del artículo 75 de la LCT y las provenientes de los artículos 195 y 176 de la LCT deba también sortear la valla de la opción excluyente con renuncia que el legislador incluyó tácitamente para los supuestos de reclamos fundados en cualquier sistema de responsabilidad que no fuera el prevenido en el régimen de la ley especial.

Los argumentos vertidos respecto de la inconstitucionalidad de esa regulación sobre la base de la jurisprudencia de la Corte federal en los fallos "Aquino" y "Llosco" han sido desarrollados en otros trabajos y a lo dicho allí se remite. [\(14\)](#)

Sólo agregaremos que este viraje regresivo de la ley 26.773 contradice abiertamente la jurisprudencia del más alto Tribunal de la Nación en el fallo "Aquino", en el que se consagró de 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 artículo 19 de la Constitución Nacional, al mismo tiempo que declaraba inconstitucional el artículo 39, párrafo primero, de la ley 24.557, que sólo habilitaba la vía civil en el supuesto de encuadrarse la conducta del empleador en la intencionalidad dolosa de dañar descrita en el artículo 1072 del Código Civil.

De lo dicho en "Aquino" -sumado a la doctrina del fallo "Llosco"-, se deriva claramente que el trabajador que hubiera sufrido daños no resarcidos por la ART (no contemplados en el referido régimen tarifado), tiene el derecho de demandar al empleador esos plusperjuicios, si se acreditan los presupuestos de la responsabilidad civil, sin perjuicio de conservar el derecho de percibir, a cuenta de aquellos, la indemnización especial por incapacidad permanente, la cual es irrenunciable para el damnificado (Art. 11 LRT). En el escenario jurisprudencial anterior a la sanción de la ley 26.773, aceptada unánimemente la inconstitucionalidad de la veda al acceso a la reparación civil prevista en el artículo 39 párrafo 1° de la ley 24.557, nada impedía a la víctima accionar directamente contra el productor del daño en procura de la reparación integral, e intentar -previa o conjuntamente- el cobro de la tarifa contra la aseguradora. Existían varios caminos posibles, todos igualmente válidos.

En este sentido, existe una coincidencia con el Prof. Rodríguez Mancini quien ha afirmado en forma enfática y

sin lugar a dudas que la opción excluyente con renuncia contradice la doctrina "Aquino" y "Llosco". Así lo expresa: 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. La cuestión fue discutida y resuelta por la CSJN en Aquino y Llosco en estos fallos se fijó la libertad de elección por parte del trabajador de la vía de su reclamo, manteniéndose la posibilidad de elegir alguno de ellos o de mantener los dos. En el caso del accidente o enfermedad del trabajo, la renuncia a otros mecanismos de reparación si estima la víctima que no se ha obtenido con el primero la reparación integral del daño. Lo que obtuvo de uno de los sistemas no le impide reclamar por el otro si ha quedado insatisfecha la obligación. Agregando también que de manera simple y sintética se debe destacar que lo importante es que según la jurisprudencia de la CSJN (Aquino), si la indemnización es insuficiente (extremo sujeto a prueba según algún voto lo que relativiza la declaración de inconstitucionalidad; o asumiendo esa descalificación como absoluta, pero con salvedades, según otros votos... puede accederse a la acción civil. 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". Otra vez, la opción excluyente no se puede imponer (15).

En definitiva a la luz de la jurisprudencia de la CSJN esta opción es inconstitucional y el derecho a cobrar "lo más" no puede determinar que el trabajador se vea obligado a renunciar a lo menos (indemnizaciones tarifadas irrenunciables según el artículo 11 inc. 1° LRT).

VII. Conclusión

En definitiva, sostenemos la existencia de una tercera acción laboral autónoma fundada en los incumplimientos al deber de seguridad previsto en el artículo 75 de la LCT y también en los artículos 195 y 176 y demás disposiciones concordantes de la LCT que integran los otros sistemas de responsabilidad referidos en el artículo 4° segundo párrafo de la ley 26.773, diferente de la acción de la ley 24.557 con sus modificatorias y de la del régimen del derecho civil.

En esta acción, en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, es competente la Justicia Laboral (Fallo "Jaimez") y el resarcimiento por los incumplimientos a ese deber de seguridad frente al daño efectivamente causado deben aplicarse las normas civiles sobre responsabilidad contractual, para lo cual debe ser declarada la inconstitucionalidad de la segunda parte del artículo 75 de la LCT conforme la redacción de la ley 24.557.

A la luz de la doctrina constitucional del Máximo Tribunal de la Nación, ha quedado tácitamente derogada la disposición adicional 1° del artículo 49 de la ley 24.557, que modificó regresivamente el artículo 75 de la LCT, al intentar vaciar de contenido resarcitorio el incumplimiento del principal respecto del deber de previsión, constituyendo una exoneración injustificable de la responsabilidad patronal por la seguridad de sus dependientes.

Por último cabe aclarar que el damnificado que deba ejercitar esta acción debe formular el pertinente planteo de inconstitucionalidad tanto de la segunda parte del artículo 75 de la LCT según la redacción de la LRT, así como del régimen de opción excluyente con renuncia prevista en el artículo 4° de la ley 26.773.

(1) SCHICK, H., "Reforma a la Ley de Riesgos del Trabajo. Un viraje regresivo en materia de daños laborales", Nueva Ley de Riesgos del Trabajo. Suplemento Especial, La Ley, noviembre de 2012, pág. 39 y ss.; H. SCHICK, "Reforma a la Ley de Riesgos del Trabajo. Ley 26.773. Retrocediendo a 1915 y 1991", en Ley de Riesgos del Trabajo. Reforma Ley 26.773, Comentario y análisis doctrinario, Errepar, diciembre 2012, pág. 102 y ss.

(2) RODRÍGUEZ MANCINI, J., "El artículo 75 de la LCT frente a la ley 26.773", DT 2013 (marzo), 447.

(3) Corte Suprema de Justicia de la Nación, 5 de noviembre de 1996, "Jaimes, Juan T. c/ Alpargatas S.A.", SC Comp. 219 LXXXI del 5/11/96; "Medina, Luis c/Alpargatas s/daños y perjuicios", SC Comp. 153 LXXXIII del 21/08/97.

(4) ÁLVAREZ, Eduardo, "El artículo 75 de la Ley de Contrato de Trabajo y el destino paradójico del deber de seguridad", DLE, t. VII, Errepar, mayo de 1993, pp. 437-443.

(5) ZAS, Oscar, "La competencia para la acción resarcitoria derivada del incumplimiento del deber de seguridad en el ámbito de la Capital Federal", DT, 1997-A, pág. 430 y siguientes.

(6) SCHICK, Horacio, "Los jueces abolieron el inconstitucional artículo 39 de la Ley sobre Riesgos del Trabajo. A propósito del caso 'Lizarraga': consideraciones sobre la responsabilidad civil en la Ley sobre Riesgos del Trabajo", DT 2000-B, 2278.

(7) ÁLVAREZ, Eduardo, "El artículo 75 de la Ley de Contrato de Trabajo y el destino paradójico del deber de seguridad", DLE, t. VII, Errepar, mayo de 1993, pp. 437-443.

(8) FERNÁNDEZ MADRID, Juan C., Tratado Práctico de Derecho del Trabajo, 3ª ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, La Ley, 2007, T. II, pp. 1281-2.

(9) ÁLVAREZ, E., en Mesa Debate sobre "Vigencia Temporal de la Ley 2673 en la Ley 27773", Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social - AADTySS, 20 de marzo de 2013.

(10) FERNÁNDEZ MADRID, J. C., op. cit. p. 1286.

(11) ETALA, C. A., "Comentario al Art. 75 LCT", en: <http://www.laleyonline.com.ar>.

(12) GONZÁLEZ DEL CERRO, A., "Responsabilidad civil del empleador por accidentes de trabajo", en: <http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?docguid=i006C2FD8DC38F623E6F291CA6CE33112>.

(13) GARCÍA VIOR, A. E., "Las enfermedades extrasistémicas y la L.R.T.", DT 2008 (marzo), 290.

(14) SCHICK, H., "Reforma a la Ley de Riesgos del Trabajo. Un viraje regresivo en materia de daños laborales", Nueva Ley de Riesgos del Trabajo. Suplemento Especial, La Ley, noviembre de 2012, pág. 22 y ss.; SCHICK, H., "Reforma a la Ley de Riesgos del Trabajo. Ley 26.773. Retrocediendo a 1915 y 1991", Ley de Riesgos del Trabajo, Reforma Ley 26.773, Comentario y análisis doctrinario, pág. 1 y ss., Errepar, diciembre de 2012.

(15) RODRÍGUEZ MANCINI, J., "La nueva ley de riesgos del trabajo", en Nueva Ley de Riesgos del Trabajo. Suplemento Especial, La Ley, noviembre de 2012, pág. 9.