

**XIX Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social  
Buenos Aires, 30 de octubre al 1° de noviembre de 2013**

**Prevención y reparación de daños por accidentes del trabajo: los desafíos  
resultantes de la opción con renuncia en la ley 26773**

**Horacio Schick**

*Abstract: La piedra angular de la ley 26773 radica en la reinstalación de la opción civil excluyente con renuncia a la indemnización tarifada, con el agravante de derivar las acciones fundadas en el derecho civil a la Justicia Civil en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, invitando a las provincias a adherirse a esta disposición. Además, se añade que 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. La Ley 26773 tiene el ostentoso título de régimen de “ordenamiento” de la reparación de los daños derivados de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. A nuestro entender, un “ordenamiento” -tal como el pretendido- hubiera sido satisfecho con el dictado de una normativa acorde con la profusa jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que había hecho colapsar los pilares de la ley original y determinaba, hasta la sanción de la nueva ley, un régimen altamente protectorio para los damnificados. Esta reforma regresiva al liberar de responsabilidad indemnizatoria a los empleadores dañantes desincentivará las inversiones en prevención higiene y seguridad.*

**I. INTRODUCCIÓN**

**1.1. Los nuevos paradigmas del derecho no contemplados por los legisladores que a partir de ahora deberán hacer respetar los jueces**

Los legisladores que sancionaron la ley 26773 no han tenido presente la doctrina desarrollada por la Corte Suprema en materia de protección del trabajo dependiente, que sí van a tener que aplicar los jueces –o por lo menos a eso se aspira para revertir la ignominia de la ley- lo cual permite afirmar que el nuevo paradigma del escenario jurídico laboral, que ubica la manifestación protectoria del principio de indemnidad expresada en la Constitución Nacional en su artículo 14 bis, en cuanto garantiza condiciones dignas y equitativas de labor, ahora se ve agigantada por los Tratados Internacionales de Derechos Humanos incorporados en el artículo 75 inciso 22, en especial, por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica). Una visión amplia del mandato constitucional que consagra el principio protectorio y garantiza “condiciones dignas y equitativas de labor”, debe también incluir tanto el “Derecho a la intimidad” como así también el “Derecho a la Salud y a la Vida” y, para su desarrollo pleno, el “Derecho a un proyecto de vida digno”. 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 el artículo 19 de 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 de los trabajadores es un hecho cotidiano.

**1.2. Prevención y reparación como conceptos complementarios**

Ha quedado superado el debate acerca de que las leyes que regulan las enfermedades y accidentes laborales deben priorizar la prevención en desmedro de la reparación –como preconizaban los defensores de la ley original. Esta postura se tradujo en los fuertes retrocesos reparatorios para las víctimas que trajo aparejada la Ley sobre Riesgos del Trabajo.

Es inevitable la existencia de un determinado número de siniestros que ocurren por los propios riesgos que implica la actividad productiva que, aun siendo lícita y consentida

por la sociedad y generadora de desarrollo, tiene aptitud para generar daños en el medio ambiente, en terceros, en los consumidores y en los trabajadores. Adicionalmente en el ámbito laboral, esta situación se agrava por el incumplimiento generalizado de las normas de higiene y seguridad.<sup>1</sup>

Pero también se debe destacar que la adecuada reparación del daño laboral en los términos delineados por los fallos del Máximo Tribunal de la Nación había determinado, en los últimos tiempos, por parte de los obligados del sistema, la adopción de conductas más diligentes en materia de prevención de riesgos, que no se habían verificado en los primeros años de vigencia de la ley.

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

Observa Mosset Iturraspe: “¿Puede haber un incentivo más fuerte para “no dañar” que la amenaza de una condena judicial por resarcimiento? No de una “condena simbólica” a pagar unas monedas sino de una que importe una traducción razonable del perjuicio”. Agregando 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”<sup>2</sup>.

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

Estos antecedentes permiten aseverar que esta nueva ley que tiende a liberar al empleador de la responsabilidad civil por los daños que su actividad productiva produce en sus dependientes, generará una conducta displicente en materia de prevención, porque a menor riesgo de condenas menor incentivo para invertir en medios de prevención, adquisición de maquinaria moderna, de elementos de protección personal, etcétera.

## II. LA OPCIÓN CON RENUNCIA: GRAVE RETROCESO NORMATIVO

### *2.1. Inconstitucionalidad de los párrafos segundo y tercero del artículo 4º de la ley 26773*

El artículo 4º de la ley 26773 establece el nuevo régimen **opción excluyente con renuncia** implica que si el trabajador accidentado percibe las indemnizaciones por incapacidad permanente definitiva del régimen tarifado, se ve privado de accionar por los mayores daños que le corresponderían por el derecho civil, no incluidos en la primera solución resarcitoria. Se trata de un retroceso altamente gravoso respecto del escenario pretoriano vigente hasta el dictado de la ley 26773 que beneficiaba a las víctimas en virtud de la jurisprudencia de la Corte Suprema, puesto que el nuevo régimen impide al trabajador percibir la reparación tarifada y aspirar a una sentencia que reconozca el mayor daño también sufrido, es decir, le frustra el acceso a la reparación plena y justa que, por otra parte, sí se le reconoce a los demás damnificados del ordenamiento jurídico (v. gr. accidentes de tránsito, de transporte, daños ambientales, mala praxis médica, entre otros).

Como puede observarse los párrafos 2º y 3º determinan un viraje regresivo que contradice abiertamente la jurisprudencia del más alto Tribunal de la Nación en el fallo

<sup>1</sup> De hecho, en la Argentina sólo en el sector formal se registran casi 650.000 accidentes laborales anuales, sólo en el sector formal, lo cual confirma además la ineficiencia del sistema preventivo. De modo tal que, una vez acaecido el infortunio, el daño debe ser reparado.

<sup>2</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Responsabilidad por Daños*, Tomo IX: “Responsabilidad de la empresa”, Rubinzal-Culzoni, p. 85.

“Aquino”<sup>3</sup>, 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.

La reparación de un infortunio laboral, debe comprender todos los daños: desde la incapacidad física, psíquica y moral; la pérdida de ganancia, los perjuicios en la vida de relación social, deportiva y artística y la pérdida de chance de la víctima de ascender en su carrera., y que para que una indemnización sea considerada “justa”, no puede existir daño que no sea cabalmente reparado, “lo cual no se logra si el daño o el perjuicio subsisten en cualquier medida”.

De lo dicho en “Aquino” -sumado a la doctrina del fallo “Llosco”<sup>4</sup>-, se deriva claramente que el trabajador que hubiera sufrido daños no resarcidos por la ART (no contemplados en el referido régimen tarifado), tiene derecho de demandar al empleador esos *plusperjuicios*, si acredita los presupuestos de la responsabilidad civil y 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 26773, nada impedía a la víctima accionar directamente contra el dañador 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.

El trabajador podía demandar civilmente al empleador planteando la inconstitucionalidad del artículo 39 párrafo primero de la LRT, sin perjuicio de reclamar por la vía sistémica a la ART, en forma previa o simultánea, el cobro de las indemnizaciones tarifadas de la Ley de Riesgos del Trabajo.

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

En cualquiera de las opciones que se transitaban quedaba nítidamente definido que la percepción de las prestaciones tarifadas de la LRT, aun sin reservas, no impedía el planteo de inconstitucionalidad del artículo 39 párrafo 1º de la Ley de Riesgos del Trabajo.

La ley 26773 en cambio en el abrupto y sorpresivo viraje regresivo instala la opción con renuncia que imperó desde 1915 hasta 1995, reproduciendo casi textualmente el artículo 16 de la ley 24028 dictada en 1991.

Es decir que el artículo 4º inciso 2º de la ley 26773, a través de la opción excluyente, coloca al trabajador en una disyuntiva altamente inconveniente, obligándolo a elegir entre aceptar aquello que la ART o los órganos del sistema determinen o a dar un paso al abismo para asumir el posible riesgo de no recibir nada, en un largo juicio civil ante un juez ajeno a la materia laboral, por lo menos en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires.

La opción conlleva a una indemnización que no alcanza a ser “justa” y por tanto, no indemniza verdaderamente afectando las directrices del artículo 14 bis Constitución Nacional, así como el principio de progresividad, el derecho de propiedad y las directivas de igualdad y no discriminación.

La nueva regulación fomenta la concertación de acuerdos lesivos y actos de *patología jurídica*, pues el trabajador -normalmente actuando en estado de necesidad- ve acentuada su habitual hipo-suficiencia negocial en las instancias posteriores a un infortunio laboral.

El párrafo tercero del artículo cuarto expresa que: *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.*

<sup>3</sup> CSJN, 21/9/04, “Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales SA”.

<sup>4</sup> CSJN, 12/06/07, “Llosco, Raúl c/Irmi SA”, L. 334.XXXIX. Recurso de Hecho.

Esto significa que la opción puede ser tácita por el sólo hecho de cobrar la indemnización especial desconociendo los alcances de la misma y las renuncias a la reparación de los mayores daños que implica, o expresa y más conciente en el caso de promover la acción judicial con el debido asesoramiento letrado.

Este resarcimiento pleno es negada por esta opción resulta ficcional y, en verdad, constituye una negación al acceso judicial, a esa reparación integral, siendo una clara inducción al trabajador a que en forma rápida y sin control externo, administrativo o judicial, ni asesoramiento letrado, acepte la indemnización ofrecida por la ART, la que prestamente cobrará, sin cabal conocimiento de que renuncia a sus mejores derechos. O, peor aún, sabiendo de la pérdida definitiva de sus derechos, los resigna por la necesidad de sobrevivir cobrando algo en el difícil trance posterior a un infortunio laboral.

Las mejoras, y ajustes acorde a la actual realidad inflacionaria, de las indemnizaciones tarifadas, en absoluto justifican este retroceso de carácter sustancial en materia de reparación de daños laborales.

### **III. INCONSTITUCIONALIDAD DEL PRIMER PÁRRAFO DEL ART. 4º**

#### ***3.1. Inconstitucionalidad de la espera y la imposibilidad de acceder a la justicia en forma inmediata***

El primer párrafo del artículo 4º de la ley 26773 establece que los obligados al pago de las prestaciones dinerarias de la ley 24557 y sus modificatorias, deberán dentro de los quince días de notificados de la muerte del trabajador, o de la homologación o determinación de la incapacidad laboral de la víctima de un infortunio del trabajo notificar fehacientemente a los damnificados o a sus derechohabientes los importes que les corresponda percibir por aplicación de este régimen, precisando cada concepto en forma separada e indicando que se encuentran a su disposición para el cobro.

Se impone al damnificado una espera -inexistente en el régimen legal y pretoriano vigente bajo el amparo de los fallos “Aquino” y “Llosco”- determinando que sólo podrá promover una acción judicial una vez notificado, por los órganos administrativos del sistema o por la aseguradora, de la propuesta indemnizatoria del régimen especial. Esta restricción temporal induce al damnificado a cobrar el ofrecimiento de la aseguradora sin un conocimiento pleno de que esa percepción le genera la pérdida del derecho a un resarcimiento integral y violentando asimismo su derecho de acceso inmediato a la justicia.

Se fija un plazo para comunicar la resolución de la incapacidad reconocida y el pago correspondiente; sin embargo, no hay plazo alguno para que se produzca la situación que da derecho al comienzo del plazo estipulado, porque tanto la homologación y la determinación de la incapacidad laboral de la víctima dependen de otras situaciones que resultan bastante inciertas en cuanto al momento en que se producirán y se vinculan con la forma más expeditiva con que se trabaje.

Esta imposibilidad de conocer a ciencia cierta cuál es la opción más conveniente se ve agravada porque el trabajador debe transitar por el trámite administrativo sin asistencia letrada, el cual concluirá definitivamente con la aceptación de la tarifa y la pérdida del derecho a un resarcimiento integral, vulnerándose el derecho de defensa garantizado en el art. 18 de la Constitución Nacional.

Es ilusorio el plazo de 15 días estipulado por la norma. En la inmensa mayoría de los casos, existen cuestionamientos y debates, sobre la estimación del grado de incapacidad, la ponderación del nexo de causalidad, el valor del ingreso base, la existencia del infortunio y otros avatares de carácter contencioso, que determinan un largo proceso administrativo y judicial ante las CCMM y la Cámara Federal de la Seguridad Social.

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 (artículos 8° y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

La ley no se ha establecido ningún mecanismo de control u homologación del ejercicio de la opción, en un sentido similar al del art. 15 de la LCT lo que sin perjuicio del cuestionamiento al régimen de fondo, constituiría un requisito mínimo imprescindible para asegurar un debido conocimiento del trabajador del alcance del acto de renuncia a mayores derechos de los que implica cobrar la indemnización ofrecida por la aseguradora.

El hecho de comunicarle cada uno de los rubros indemnizatorios no alcanza a satisfacer el requisito de tutela y protección frente al estado de hiposuficiencia de los damnificados que irán rápidamente a cobrar lo que se les ofrece sin mayor reflexión.

### **3.2. El Artículo 4° párrafo 1° ratifica el procedimiento especial declarado inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia de la Nación**

Como puede observarse, el artículo 4° en su primer párrafo ratifica el procedimiento administrativo especial de la Ley 24557 previo a promover la acción especial o la fundada en el derecho civil, por lo que se deberá esperar la notificación de la Aseguradora, la homologación o *la determinación de la incapacidad laboral de la víctima de un accidente de trabajo o enfermedad profesional, de los importes que les corresponde percibir por aplicación de este régimen.*

El paso por las CCMM contraviene las reglas constitucionales, sino también como ya se indicó mas arriba la espera de los quince días, (cuyo inicio es de fecha indeterminada superando procedimientos burocráticos internos de las ART), cuando el trabajador desee accionar por el derecho común<sup>5</sup>.

El legislador no ha considerado las sentencias dictadas por la Corte Suprema en los casos “Castillo”,<sup>6</sup> “Venialgo” y “Marchetti”, y más recientemente el fallo “Obregón” que constituyen un conjunto armónico de fallos que determinaron la inconstitucionalidad de los artículos 21, 22 y 46 inciso 1° de la LRT y de las normas correspondientes del decreto PEN 717/96, que invalidaron por inconstitucional el procedimiento especial diseñado por la Ley 24557, y consecuentemente tornan inconstitucional también el artículo 4° párrafo 1° que ratifica dicho procedimiento como presupuesto inicial para que el trabajador pueda accionar por el reclamo de sus indemnizaciones.

La ley 26773 pretende retroceder en esta materia al diseño original de la ley. Sin embargo interpretamos que los criterios fijados por la Corte Suprema en los fallos referidos siguen teniendo plena vigencia y operatividad, de modo que el acceso a la justicia laboral para reclamar las prestaciones de la ley o acceder a la vía civil no puede ser retaceada ni demorada, por los arbitrarios designios del primer párrafo del artículo 4° de la ley 26773, que asimismo no se compadece con el derecho de toda persona a ser oída y tener acceso a un juez en forma inmediata (Art. 8° y 25 Convención Americana de Derechos Humanos).

## **IV. EL ARGUMENTO DE LA ‘TRADICIÓN DE 1915’ PARA JUSTIFICAR LA OPCIÓN Y LA OPINION DE PRESTIGIOSOS JURISTAS**

Cuando en los fundamentos del proyecto del Poder Ejecutivo Nacional se hace mención de la tradición de 1915 como sustento para regresar al sistema de “opción” vigente hasta 1995 se elude, precisamente en su análisis, la jurisprudencia de la Corte Suprema, en especial, la doctrina emanada de los fallos “Aquino”, “Díaz c. Vaspia”, “Llosco” y “Arostegui”, pronunciamientos que han superado las limitaciones de la ley de 1915 y han desarrollado, en todo caso, una nueva tradición: la constitucionalización

<sup>5</sup> Giletta, Ricardo Sobre lo que podría querer decir la Ley 26773, Revista de Derecho Laboral, Ley de Riesgos IV, pag.75 y 76, Rubinzal-Culzoni Editores.

<sup>6</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Castillo, Ángel Santos c/Cerámica Alberdi S.A.” del 07/09/2004.

definitiva del ‘principio de no dañar’, que también se aplica a los damnificados laborales, equiparando los trabajadores a todos los habitantes de la Nación Argentina.

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 de su aseguradora, jamás se consideró como el ejercicio de la opción por la acción tarifada y la renuncia a la acción civil. Sólo actuaba como impedimento la percepción de la indemnización por incapacidad permanente.

La ley recientemente sancionada es todavía más restrictiva que el antecedente citado al obligar a la víctima a esperar el dictamen de las ART o las CCMM, cuando en los regímenes anteriores el procedimiento administrativo era voluntario. En cambio, la ley 26773 impone agotar esa vía administrativa, con carencia de asesoramiento letrado y con un tiempo de duración indeterminado.

No podemos dejar de señalar la existencia de opiniones que afirman que el régimen de opción con renuncia no es inconstitucional y que, por el contrario, responde a una tradición jurídica de nuestro país, que funcionó bien durante ochenta años.<sup>7</sup>

En verdad, no sabíamos que la tradición era una nueva fuente jurídica. Se reivindica la tradición de 1915, durante un gobierno conservador -aunque progresista para la época- porque dictó una norma ‘de avanzada’ para América, acorde con la legislación francesa y europea de entonces, pero no parece coherente esa pretensión, cien años después, para justificar la renuncia al derecho a la reparación plena del daño.

Mucha agua ha pasado bajo el puente desde 1915 como para justificar el regreso al sistema de “opción” vigente hasta 1995, omitiendo concientemente en su análisis la señalada doctrina de la Corte Federal.

Sin embargo, esta argumentación soslaya el hecho de que ya la LRT había superado el sistema de opción de la ley 9688 por el de cúmulo, determinando que las indemnizaciones tarifadas de la LRT fuesen consideradas a cuenta de las civiles, aunque el legislador de 1995 limitó la posibilidad sólo a una hipótesis altamente restrictiva, como es el caso del artículo 1072 del Código Civil, es decir, el supuesto del empleador que “a sabiendas y con intención” infligiere daño a su trabajador.

Es decir que la LRT fue regresiva al restringir al extremo la acción judicial por reparación integral que hasta entonces se intentaba sobre la base de la culpa o responsabilidad objetiva, pero posibilitó la acumulación cuando se trataba del diabólico supuesto del artículo 1072 del Código Civil, con el derecho a la reparación de los daños y perjuicios, sin perder el derecho a percibir las prestaciones de la ley especial (ap. 3º del 39 la ley 24557), situación en la cual la norma ni siquiera alude a su deducción (como sí lo hace en el ap. 4 al reglar los casos de daños causados por terceros).

Podría argumentarse, entonces, que en caso de dolo del patrón el texto de la ley 24557 estableció un cúmulo absoluto. Acogido por la Corte Suprema el ‘principio de progresividad’ que opera, especialmente, en materia laboral, es inadmisibles la regresión normativa en la medida que se prohíbe al trabajador lo que antes no se vedaba. Entonces, la ley 26773 mal puede consagrar la opción excluyente cuando la ley anterior -más allá de sus vicios no invalidantes de esta previsión beneficiosa- la dejó explícitamente de lado.<sup>8</sup>

<sup>7</sup> 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”, *Ley de Riesgos del Trabajo*, Año 5, Nro. 42, 3/10/2012, en: <[www.laleyonline.com.ar](http://www.laleyonline.com.ar)>; FUNES DE RIOJA, Daniel y ETALA (h.), Juan José, “El proyecto de Ley de Riesgos del Trabajo”, en: <[www.laleyonline.com.ar](http://www.laleyonline.com.ar)>; Carlos Marin Rodríguez, Asesor Legal de la UART en debate “Nueva Ley ART”, *Infobae*, Hotel Sheraton, Buenos Aires, 15/11/2012.

<sup>8</sup> FORMARO, Juan J., “Vías para garantizar la indemnidad de los trabajadores frente a la sanción de la ley 26773”, *Nueva Ley de riesgos del trabajo*, Suplemento Especial, La Ley, Juan José Etala (h); Julio César Simón (Directores), Editorial La Ley, noviembre 2012, pág. 93.

Por otra parte, la inconstitucionalidad de la “trampa legal” del artículo 39, párrafo primero, de la LRT, declarada en el fallo “Aquino”, habilitó el nuevo escenario: el trabajador puede percibir las prestaciones dinerarias de la LRT y reclamar ante la justicia los ‘plusperjuicios’ que sufre, no contemplados en la tarifa.

Se pasó del *cúmulo restringido* (del excluyente supuesto del dolo de la ley original) al *cúmulo amplio*, para todos aquellos supuestos del derecho civil y laboral admitidos por la Corte Suprema (Arts. 1109 y 1113 del Código Civil).

Adviértase, asimismo, que estos defensores callan una cuestión no menor, y es que desde la creación del fuero del trabajo, salvo el breve interregno de la ley 24028, la acción por infortunio laboral fundada en el derecho civil, desde que se creó el fuero laboral nunca tramitó ante la justicia civil -como ahora se dispone-; ¿Qué pasa, entonces, con esta parte de la tradición? ¿Se les pasó por alto? ¿Les es indiferente?

La Corte Suprema ha ratificado recientemente estos conceptos en el caso “Rodríguez de Pereyra, Jorge Luis c/ Ejército Argentino”<sup>9</sup> en el que expresó que “la violación del deber de no dañar a otro es lo que genera la obligación de reparar el menoscabo causado y tal noción comprende todo perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria que afecte en forma cierta a otra persona, en su patrimonio y/o en sus derechos y facultades. Dicha reparación no se logra si los daños subsisten en alguna medida, motivo por el cual la indemnización debe ser integral (con Fallos 324:2972 y arg. 326:2339).

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 y ni siquiera se lo ha esbozado. Es un mero dogma que violenta las garantías constitucionales de reparación integral del daño y una nueva discriminación social en perjuicio del damnificado laboral, de similar magnitud al denostado artículo 39 párrafo 1º de la Ley 24557.

## V. LOS ARGUMENTOS METAJURÍDICOS DE LA OPCIÓN

La reiterada invocación a la ‘litigiosidad’ existente como justificativo de la reforma regresiva, omite señalar que la misma está directamente vinculada con la alta siniestralidad laboral de nuestro país, cuestión sobre la que se guarda silencio.

Sólo en el sector formal, la Superintendencia de Riesgos del Trabajo (SRT)<sup>10</sup> verifica alrededor de 650.000 infortunios laborales al año. A este componente habría que adicionarle otros 35 % provenientes 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, como reafirman las propias estadísticas de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, que sólo 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 por infortunios laborales existentes se corresponden con los índices de siniestralidad registrados y son razonables en relación a los niveles de litigiosidad propios del estado de derecho, donde el acceso a la justicia es un derecho fundamental.

<sup>9</sup> CSJN , 27.11.12 “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis c/Ejército Argentino s/Daños y perjuicios

<sup>10</sup> La Superintendencia de Seguros de la Nación informa que la cartera de juicios y mediaciones pendientes del sector asegurador al 31 de diciembre de 2011 superó los 300 mil expedientes, de los cuales corresponden a Riesgos del Trabajo 128.400 juicios acumulados que incluyen los casos de responsabilidad civil y acciones sistémicas. Correspondiendo además a siniestros por Automotores un 36,9 % y a Transporte Público un 8,7 %.

Sin esos juicios se habría continuado dañando a los trabajadores sin reparar en su debida magnitud los perjuicios irrogados. En suma, los juicios fueron el instrumento para que los damnificados recuperaran, por vía de la reparación integral, algo que habían perdido, porque no se cumplió respecto de ellos el deber de seguridad ni la obligación de no dañar a otro.

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 que, en los últimos tiempos, los obligados del sistema adopten conductas más diligentes en materia de prevención de riesgos, no verificados en los primeros años de vigencia de la ley y constatados en las estadísticas de los dos últimos años de la SRT que confirmaban 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.

La tendencia que promueve abiertamente la ley 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.

En el debate, el senador Miguel Ángel Pichetto (jefe del bloque del Frente para la Victoria) dijo que *éste 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.*<sup>11</sup>

Como vemos se invocan los mismos argumentos utilizados para justificar la flexibilidad laboral en la década del noventa (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 fundamentos ‘deslegitimados’ por la realidad, carecen hoy de fuerza de convicción. Es más, el nuevo escenario jurisprudencial vigente desde 2004 no impidió el crecimiento de la economía y del empleo, por lo menos hasta mediados de 2011, de modo que mal puede imputarse a la jurisprudencia reparadora de la Corte el efecto inhibitorio de las contrataciones de nuevo personal por las empresas.

## **VI. EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL**

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 el de la indemnización tarifada.

El seguro de riesgos del trabajo tiene actualmente un costo equivalente al 3 % promedio de la masa salarial -porcentaje fijado como deseable al inicio del funcionamiento del sistema- 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. 4º, 31 LRT y decreto 170/96).

Por este motivo, el seguro civil no debe ser optativo como establece la ley (Artículo 7º).

Debería haberse corregido las omisiones e insuficiencias de la Resolución N° 35550/11 de la Superintendencia de Seguros de la Nación que reguló un seguro voluntario

<sup>11</sup> Versión taquigráfica (Sesión de Senado 3/10/12, <<http://www.senado.gov.ar/web/taqui/cuerpo1.php>>).

a los fines de dar cobertura a las condenas correspondientes a la Responsabilidad Civil del empleador y convertirlo en obligatorio y universal.

## VII. OPCIÓN Y VICIO DE LESIÓN (ARTÍCULO 954 DEL CÓDIGO CIVIL)

El miembro informante de la mayoría en la Cámara baja, al fundar el proyecto de ley de la que sería la ley 26773 el diputado Pais, afirmó: *Esta iniciativa permite que, una vez determinado el quantum indemnizatorio, sea el trabajador quien coteje y verifique si el monto a percibir es suficiente para reparar el daño y, eventualmente, elija otra vía. La propuesta avanza sobre parámetros de justicia, equidad y seguridad jurídica.*<sup>12</sup>

Es llamativo este discurso. ¿Habrá conocido el deponente algún trabajador en la instancia de recuperación de un infortunio de trabajo?

Reflexionemos y preguntémosnos: ¿el trabajador -carente de patrocinio letrado y sólo ante la aseguradora o los profesionales de las Comisiones Médicas- actúa con plena libertad y conocimiento para cotejar y verificar el monto indemnizatorio a los fines de estimar la suficiencia o no de la reparación del daño sufrido?; ¿es el trabajador un diestro operador de la ciencia jurídica y médica?; con su incapacidad a costas, incluso, con una cierta y probable imposibilidad de reinsertarse en el mercado laboral, ¿dispone de condiciones suficientes para que en aras de la justicia, la equidad y la seguridad jurídica pueda efectuar libremente esa elección y discernir la mejor opción que le brinda la adornada prestación tarifada de la ley especial o el incierto y proceloso trámite ante la justicia civil?

Las respuestas son evidentes. El diputado Pais desconoce en forma absoluta el mundo laboral, si no, no podría efectuar afirmación tan disparatada.

La hipocresía del legislador y los defensores de la ley que afirman que el nuevo cuerpo normativo no niega el derecho constitucional de acceder a la reparación integral, implica desconocer la esencia del derecho de trabajo, que es precisamente el estado de necesidad del trabajador, acentuado en grado superlativo, en el contexto de un infortunio laboral.

No hay opción sino una clara inducción a que el trabajador acepte lo que le ofrece la aseguradora. 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 daño sufrido, le impide precisamente el acceso a un resarcimiento mayor.

El artículo 954 del Código Civil establece la nulidad de los actos viciados por error dolo, violencia intimidación o simulación.

Pero también dice en su segunda parte el citado artículo que *podrá demandarse la nulidad o la modificación de los actos jurídicos cuando una de las partes explotando la necesidad, ligereza, o inexperiencia de la otra, obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación. Se presume, salvo prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones...*

Se trata en esta segunda parte de los vicios por lesión subjetiva.

La doctrina, en general, sostiene la existencia de tres elementos fundamentales que deben concurrir para formar la figura de la lesión subjetiva:

- a) Grave desproporción no justificada entre las prestaciones debidas;
- b) Estado deficitario del lesionado que deberá encontrarse en situación de necesidad, ligereza o inexperiencia.

<sup>12</sup> Versión taquigráfica del debate en el recinto de diputados sobre la Ley 26773 (24/10/2012).

c) Explotación de algunos de esos estados por parte de quien obtiene una ventaja excesiva y sin justificación.<sup>13</sup>

Sin lugar a dudas, estos supuestos se verifican en la inmensa mayoría de los casos de infortunios laborales por cuanto las sentencias judiciales fundadas en el derecho civil establecen siempre montos sustancialmente superiores a las indemnizaciones tarifadas.

La opción -insistimos- es simplemente una ficción de acceso a un resarcimiento pleno del daño.

En definitiva la opción excluyente con renuncia configura un acto viciado en los términos del artículo 954 del Código Civil susceptible de ser anulado, teniendo como consecuencia la ruptura de la nueva y arbitraria valla establecida por el régimen del artículo 4º de la ley 26773, habilitando el derecho al cúmulo amplio reconocido por la Corte en los fallos “Aquino” y “Llosco”.

## VIII. OPCIÓN Y RENUNCIA A TÍTULO GRATUITO

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.

Con 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. Sólo recoge la indemnización tarifada a cargo de la ART, la que siempre tuvo derecho a percibir y que el empleador no está obligado a oblar.

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 “una justa composición de los derechos e intereses de las partes” reconocida por la autoridad administrativa o judicial, mediante resolución fundada.

Si el trabajador sólo 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.

## IX. OPCIÓN E IRRENUNCIABILIDAD (ART. 11 INC. 1 LRT). LA NORMA MÁS FAVORABLE

La ley sancionada no ha derogado el artículo 11 inciso 1 de la ley 24557, que establece claramente: *Las prestaciones dinerarias de esta ley gozan de las franquicias y privilegios de los créditos por alimentos. Son, además, irrenunciables y no pueden ser cedidas ni enajenadas.*

Por el contrario, el artículo 1º de la ley 26773 determina que sigue rigiendo *la Ley 24557, sus modificatorias, el decreto 1694 y disposiciones complementarias y reglamentarias.*

Al continuar vigente el artículo 11 inciso 1 de la ley 24557, con el artículo 4º de la ley 26773, se presenta una hipótesis de concurrencia de normas destinadas a reglar una misma situación jurídica, frente a la cual rige el artículo 9º de la LCT, que en su parte pertinente prescribe: *en caso de duda sobre la aplicación de normas legales o convencionales prevalecerá la más favorable al trabajador, considerándose la norma o conjunto de normas que rijan cada una de las instituciones.*

<sup>13</sup> BUERES, Alberto J., HIGHTON DE NOLASCO, op. cit., Tomo 2º B, pág. 604.

En consecuencia, la interpretación coherente con este principio liminar del derecho del trabajo, determina que la opción excluyente con renuncia queda pulverizada por la aplicación de la norma más favorable al trabajador y de la irrenunciabilidad de las indemnizaciones del régimen especial, aun habiendo ejercitado la acción fundada en el derecho civil para reclamar una indemnización plena del daño infringido.

No es de aplicación el concepto de que la ley 26773 por ser posterior, derogatoria de una norma de la ley anterior.

Tampoco existe derogación tácita de las normas, ya que la ley 26773 en su artículo 17 apartado 1° establece únicamente: *Deróganse los artículos 19, 24 y los incisos 1), 2) y 3) del artículo 39 de la ley 24557 y sus modificatorias. Las prestaciones indemnizatorias dinerarias de renta periódica, previstas en la citada norma, quedan transformadas en prestaciones indemnizatorias dinerarias de pago único, con excepción de las prestaciones en ejecución.*

Tal como tiene dicho la jurisprudencia inveteradamente de la Corte Suprema, no cabe suponer el olvido o la imprevisión del legislador.<sup>14</sup>

La ley no puede retrogradar y convertir en renunciable lo que antes el mismo régimen, y de modo expreso, se reconoció como *irrenunciable*, juega sin ambages la progresividad y su regla de no regresión.

## **X. LA OPCIÓN EXCLUYENTE VIOLA EL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD**

La reinstalación de la opción civil excluyente es violatoria del principio de progresividad.

El Art. 75 inc. 23 CN dispone que corresponde al Congreso “Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen... el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos...”.

La norma constitucional exige ahora, no ya una reglamentación razonable sino una que garantice el pleno goce y ejercicio de los derechos de que se trata.

La violación del principio de progresividad se efectiviza en el artículo 4° de la Ley 26773 en cuanto:

1. La modificación es peyorativa y regresiva respecto al escenario pretoriano vigente con anterioridad al establecer dos nuevas reglas que imponen un claro retroceso en perjuicio de los damnificados. Por un lado la vuelta de la opción excluyente, revirtiendo el “cúmulo amplio” que regía en virtud de la jurisprudencia de la Corte en los fallos “Aquino” y “Llosco” y, por el otro, la obligatoriedad y reafirmación del trámite ante las comisiones médicas que habían sido declaradas inconstitucionales y solo operaban como una instancia voluntaria para los damnificados.

2. Sosteniendo un “test de progresividad global” o sea comparando en términos generales la reforma introducida y la situación imperante con anterioridad a la misma. Si la alegada mejora en las prestaciones dinerarias va a actualizarse conforme un índice objetivo el RIPTE, si los trámites para que el damnificado perciba las mismas son ágiles y garantizan la libertad de elección, y si ahora además se autorizara al empleador a contratar un seguro de responsabilidad civil por daños laborales, es difícil comprender por qué motivo se ha impedido la habilitación del cúmulo de acciones.

3. Cualquiera sea la óptica con la cual se observe y compare el cuadro de situación anterior a la ley con el nuevo, se va a convenir –objetivamente

<sup>14</sup> FORMARO, op. cit.

hablando- que la nueva norma viola el principio de progresividad, pues resulta indiscutible que la opción con renuncia constituye la clave de bóveda de la reforma.<sup>15</sup>

## **XI. OPCIÓN E INCAPACIDAD PERMANENTE PRVISORIA (IPP)**

Algunos doctrinarios insisten en que la ley 26773 ha derogado tácitamente la Incapacidad permanente provisoria (IPP) porque el artículo 2° *in fine* de dicha ley habla de que el principio general indemnizatorio es de pago único.<sup>16</sup>

Interpreto que ese argumento no es válido por cuanto la IPP no es una indemnización sino una prestación dineraria sustitutiva de ingresos que percibe el damnificado con más del 50 % de incapacidad mientras no se determine la incapacidad permanente definitiva con la percepción, además, de las asignaciones familiares.

Por otra parte, el artículo 17 primer párrafo de la ley 26773 no ha derogado los arts. 14 y 15 de la ley 24557 que regulan las IPP y, consecuentemente, siguen vigentes.

## **XII. SUPUESTOS DE INEXISTENCIA DE OPCIÓN**

### ***12.1. Derechohabientes***

En el primer párrafo del artículo 4° de la ley 26773 se determina que el obligado debe notificar a *los damnificados o a sus derechohabientes* los importes que les correspondería percibir conforme al régimen tarifado.

En cambio, en el párrafo siguiente, el segundo del mismo artículo 4°, se establece sólo 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.*

En consecuencia, la única interpretación que cabe es atenerse al estricto texto legal, de modo que el régimen de opción, es inoponible contra otros sujetos distintos que el trabajador accidentado. Es decir los derechohabientes no estarán sujetos al régimen de opción frente a la muerte del causante y sencillamente y sin inconveniente podrían acumular al reclamo por las prestaciones dinerarias a la acción por la reparación integral.

### ***12.2. Los infortunios extrasistémicos***

La Corte Suprema por mayoría sentó doctrina definitiva, pacíficamente acatada por todos los tribunales del país en el caso “Silva”,<sup>17</sup> que concedía el resarcimiento por las enfermedades laborales extrasistémicas. Para la procedencia de la reparación de los daños laborales, sobre la base del derecho común, la mayoría de la Corte estableció como único requisito, sin ninguna otra limitación, la existencia de los presupuestos de la responsabilidad civil.

La Ley 26773 no ha modificado el artículo 6 de la ley 24557 y, según el artículo 1° de este mismo cuerpo normativo, sigue vigente en lo que no ha sido objeto de reforma la

<sup>15</sup> Toselli, Carlos Alberto; Marionsini, Mauricio Adrián, Régimen Integral de reparación de infortunios del trabajo, pág. 278, Alveroni Editores.

<sup>16</sup> El titular de la SRT en debate con el autor organizado por *Infobae* el 15/11/12 anunció que la IPP esta derogada y que se está redactando un decreto para ratificar ese concepto. En todo caso en este aspecto el decreto a dictar lejos de ser meramente reglamentario podría ser modificatorio de la ley, y por lo tanto violatorio de la misma. Veremos.

<sup>17</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación ,18/12/07, Recurso de Hecho, “Silva, Facundo Jesús c/Unilever de Argentina SA”.

ley 24557, así como los decretos del Poder Ejecutivo Nacional 1278/00, 1694/09 y demás disposiciones complementarias y reglamentarias.

Por lo tanto, las enfermedades no incluidos en el listado -como todos los infortunios rechazados o no reconocidos por la ley, las aseguradoras o los órganos del sistema-, al no tener la cobertura de la ley 24557 y sus normas modificatorias, no obliga a los damnificados a atravesar el procedimiento del artículo 4° de la ley 26773 y, por lo tanto, no están alcanzados por sus limitaciones.

### ***12.3. Trabajo no registrado o no asegurado***

En el caso del trabajo no registrado es evidente que la ART y los órganos del sistema no le efectuarán a los damnificados la propuesta indemnizatoria del primer párrafo del artículo 4°, ya que no estando el empleador del trabajador accidentado afiliado a una aseguradora, esa última y el empleador no pondrán en movimiento todo el encorsetado e inextricable régimen de opción civil excluyente con renuncia; es decir, en los términos del artículo 4° primer párrafo *no existirá homologación o determinación de la incapacidad laboral de la víctima notificando* en forma fehaciente los importes que les corresponde percibir por aplicación del nuevo régimen.

En consecuencia, al no tener inicio formal el procedimiento estatuido por el primer párrafo, no es aplicable respecto a estos trabajadores el régimen de los restantes párrafos del artículo y, consiguientemente, los damnificados podrán reclamar al empleador en forma acumulativa las prestaciones que debió abonar la aseguradora y reclamar adicionalmente el resarcimiento integral del daño -cumpliendo previamente los presupuestos de la responsabilidad civil y laboral.

### ***12.4. La responsabilidad civil de la ART sobre la base del artículo 1074 del Código Civil***

Así como se admite el cúmulo respecto del tercero causante de un siniestro, admitiendo el reclamo de las prestaciones dinerarias contra la ART y la acción civil contra el tercero causante del daño, en los típicos casos de accidentes *in itinere*, parece también que la opción excluyente con renuncia no es oponible por la Aseguradora, en los supuestos en que además de tener que pagar las prestaciones del sistema haya incumplido con las demás obligaciones legales, que la tornan civilmente responsable en los términos del artículo 1074 del Código Civil y la doctrina de la Corte Federal en la causa “Torrillo”.<sup>18</sup>

El artículo 4° de la ley 26773 se está refiriendo a la opción entre las prestaciones de la LRT y otros regímenes de responsabilidad, cuando la responsabilidad civil de la ART por incumplimientos de sus deberes legales constituyen obligaciones autónomas del régimen de la LRT y de la responsabilidad civil o laboral del empleador. Es una responsabilidad independiente de la ART de modo que nada impediría formular esta acción judicial contra la ART, y acumularla al reclamo por las prestaciones dinerarias del sistema contra la misma aseguradora, ante la justicia laboral, sin necesidad de demandar al empleador ni, por supuesto, renunciar a la tarifa.

## **XIII. INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 17 INCISO 2 Y ARTICULO 4° ÚLTIMO PÁRRAFO DE LA 26773. IRRAZONABLE APARTAMIENTO DEL FUERO Y DEL PROCEDIMIENTO LABORAL. ABIERTA DESPROTECCIÓN VULNERANDO EL ART. 14 BIS DE LA CONSTITUCIONAL NACIONAL**

La ley acentúa la desprotección de los trabajadores al disponer en el artículo 17 inciso 2 que en el supuesto de ejercitar la acción por el resarcimiento pleno, la misma

<sup>18</sup> CSJN, 31/03/2009 “Torrillo, Atilio Amadeo y otro c/Gulf Oil Argentina SA y otro”.

deberá dirimirse ante la Justicia en lo Civil en el ámbito de la Capital Federal, imponiéndole, además, 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 (Artículo 4º último párrafo), eludiendo el mandato del art. 14 bis CN.

Al ordenarse remitir las acciones laborales fundadas en el derecho común al fuero civil en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sugiriendo igual sendero para el resto de las provincias, el legislador no se inspira en el principio protectorio, todo lo contrario, esta disposición tiene la abierta y desafiante finalidad de neutralizar y evitar que el trabajador acceda a la justicia laboral que siempre ha entendido en estos conflictos.

No se explicitan los fundamentos para apartar al juez del trabajo quien, desde que se creó el fuero, fue competente en esta materia, salvo el breve lapso de vigencia de la regresiva ley 24028.

Esta desprotección es manifiesta al remitir el trámite de la causa ante un Juez no versado y ajeno en el análisis e interpretación del conflicto jurídico derivado de un infortunio laboral, y la imposición de la aplicación de la normativa de forma y fondo del derecho civil, desconociendo los principios especiales del derecho del trabajo que tienen su reflejo singular en el procedimiento laboral.

Precisamente, el nacimiento del procedimiento específico laboral y la creación del fuero del trabajo respondieron a la necesidad de dejar de lado los postulados en que se sustentaba el derecho procesal civil y comercial, de modo de asegurar al litigante económicamente más débil el acceso a la justicia en paridad de condiciones con la contraparte más fuerte.

Mientras que en el derecho procesal civil rige el principio de igualdad de las partes, en el derecho procesal del trabajo -como expresión del principio protectorio- rige la igualdad por compensación o la desigualdad compensada por otra desigualdad.

Los principios del Derecho del Trabajo, en especial, el protectorio, de primacía de la realidad y de irrenunciabilidad de derechos, deben ser reivindicados y aplicados, tanto respecto de las normas sustantivas, como en las reglas de forma.

No se ha demostrado que se hayan modificado las condiciones materiales que dieron origen al procedimiento y al fuero laboral, como expresión concreta del principio protectorio, de modo que no parece justificado ni constitucionalmente aceptable a esta altura del desarrollo de la disciplina autónoma y de una Justicia Nacional del Trabajo que cuenta con 80 Juzgados y 10 Salas que integran la Cámara de Alzada, que sean desplazadas de la materia en la que son especialmente versados y constituyen los jueces naturales, derivándose las causas a un fuero no especializado, al cual ordena la ley, a su vez, la inaplicabilidad de los principios que protegen al trabajador.

Al vulnerar estas garantías constitucionales el legislador se ha apartado de la tutela especial, que debe amparar el trabajo subordinado, protección que no se limita al derecho sustantivo sino también al régimen procesal y al respeto del fuero específico creado a esos efectos por el legislador hace más de 60 años.

El Art. 36 de la Carta Internacional Americana de Derechos Sociales (Bogotá, 1948) de aplicación inexorable en virtud del artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional dispone que “En cada Estado debe existir una jurisdicción especial de trabajo...”; ello por cuanto sólo un juez en lo social, imbuido de los principios del Derecho del Trabajo y con afiatado conocimiento de las condiciones en las que se presta el trabajo en relación de dependencia asegura una cabal comprensión de la materia litigiosa y su correcta resolución.

## **XIV. ACCIÓN AUTÓNOMA DEL ART. 75 DE LA LEY DE CONTRATO DE TRABAJO**

### ***14.1. Acción autónoma del artículo 75 Ley de Contrato de Trabajo. Competencia de la justicia laboral***

El artículo 17 inciso 2 de la ley 26773 establece que: a los efectos de 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.

A su vez, el citado último párrafo del artículo 4° de la ley 26773 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 párrafo 2° del artículo 4° refiere a otros sistemas de responsabilidad, de modo que implícitamente se está reconociendo que además de la acción emergente de la ley especial y las provenientes del régimen del Código Civil, existen otras vías reparatorias.

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 las tres vías reparatorias: por la LRT, la fundada en el derecho común y la propia de la infracción del deber de seguridad previsto en el artículo 75 de la LCT y normas concordantes.

La competencia natural para dirimir esta acción autónoma es el fuero laboral.

Nuestro Máximo Tribunal, en el fallo “Jaimes” determinó la competencia del fuero laboral especialmente habilitado para conocer en las controversias vinculadas al contrato de trabajo en función de lo previsto en el art. 20 de la Ley 18345. “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”.

En consecuencia, a la luz de los fallos “Aquino” y “Llosco”, más allá de la redacción del actual artículo 75, inciso 2° -según el art. 49, primera disposición adicional de la ley 24557-, que no ha sido modificada por la ley 26773, 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.

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.

La mayor parte de las manifestaciones de este deber están establecidas en la ley 19587 y sus decretos reglamentarios, encontrando un espectro más amplio en las disposiciones de los artículos 62 y 63, LCT y 19 de la Constitución Nacional.

### **14.2. Superación del Cúmulo**

El trabajador que elija la tercera vía del artículo 75 de la LCT deba también sortear la valla de la opción excluyente que el legislador incluyó tácitamente para los supuestos de reclamos fundados en cualquier sistema de responsabilidad que no fuera el del régimen de la ley especial (artículo 4° segundo párrafo de la Ley 26773).

## **XV. CONCLUSIÓN**

En el reciente fallo<sup>19</sup> “Rizzo” la CSJN no sólo permitió la sobrevivencia de la independencia del Poder Judicial, ratificó expresamente las facultades de los Jueces del necesario control de constitucionalidad de los actos del poder legislativo como auténticos intérpretes de la Constitución Nacional, sino que al mismo tiempo ratificó el derecho constitucional a la reparación integral del daño al mencionar expresamente el cimero fallo “Aquino”

En síntesis, los argumentos desarrollados fundamentan la inconstitucionalidad del régimen de opción con renuncia del artículo 4°, del artículo 17 incisos 2 y 3° respecto del régimen procesal y los derechos alimentarios a los honorarios profesionales, los que pueden sintetizarse en los siguientes puntos:

1. La opción excluyente con renuncia al establecer un óbice a la justicia, equidad, indemnidad, resulta irrazonable y la ausencia de fundamentación jurídica por parte del legislador torna a la norma susceptible invalidez constitucionalidad.

2. Los artículos 4° y 17 inciso 2° de la ley 26 773 agravan los artículos 14 bis y 17 de la Constitución Nacional, ya que el nuevo cuerpo normativo perjudica abiertamente al sujeto que la Ley Suprema manda proteger, buscando la reparación plena de los daños en la salud que sufra y que la misma asegura, conforme lo ha interpretado la Corte Suprema en infinidad de fallos. Se produce una irrazonable reglamentación de los derechos de jerarquía constitucional (Artículo 28 C.N.).

3. La ley 26773 en lugar de preconizar la indemnidad psicofísica del trabajador, sujeto de preferente tutela constitucional (“Vizzotti”) garantiza la inmunidad patrimonial del empleador, incurriendo en una preferencia contraria a lo dispuesto por el artículo 14 bis de la CN.

4. El artículo 4° de la Ley 26773 violenta la profusa doctrina de la Corte Suprema que pacíficamente ha establecido que resulta inconstitucional una indemnización que no sea justa, de modo tal que la ley no puede propiciar que el daño subsista en medida alguna y ello es lo que hace la norma al estimular a que el trabajador renuncie a la reparación plena del daño, y se limite a percibir la reparación tarifada del régimen especial.

5. La nueva ley contiene una contradicción insalvable al violentar el artículo 4° el principio de irrenunciabilidad no solo reforzado por el nuevo artículo 12 de la LCT sino por lo dispuesto por el propio artículo 11 inciso 1° de la ley 24557, plenamente vigente.

6. Se vulnera el principio de progresividad, es decir la obligación de proveer al progresar al progreso económico con justicia social (Artículo 75 incisos 19 y 23 CN), al desestimarse el derecho al cúmulo que ya admitía el régimen pretoriano anterior a la ley 26773.

7. Igualmente se manifiesta la regresión al imponer al damnificado una espera que implica que pueda accionar una vez que reciba una notificación o determinación de incapacidad de parte de las CCMM exigencia que no contemplaba ni la ley 24557 ni siquiera la ley 9688. Se viola el artículo 18 de la CN y los artículos 8° y 25 de la Convención Americana de Derecho Humanos.

<sup>19</sup> “Corte Suprema de Justicia de la Nación, 18.06.2013, “Rizzo Jorge Gabriel c/Poder Ejecutivo Nacional”

8. La imposición de primer párrafo del artículo 4° también implica una regresión insostenible constitucionalmente al ratificar e imponer un procedimiento que ha sido declarado inconstitucional por reiterados pronunciamientos de la C.S.J.N.

9. Asimismo, viola el acceso inmediato a la justicia, y el derecho a ser oído por un Juez conforme los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos y arts. 18 y 14 CN. En especial viola el derecho de acceso al Juez natural del trabajo, imponiéndole al trabajador la justicia civil y el procedimiento y principios de esa rama no especializada en las acciones fundadas en el derecho común, en un camino abiertamente regresivo respecto al escenario vigente con anterioridad a la sanción de la nueva ley.

10. Afecta asimismo el derecho de propiedad del trabajador (Artículo 17 CN) al privarlo en los hechos de una indemnización plena de raigambre constitucional conforme el artículo 19 de la Constitución Nacional, consecuentemente liberando al dañante de toda obligación, en una clara renuncia a título gratuito, como ya fuera dicho, preservando indebidamente el patrimonio de los obligados del sistema.

11. Viola el principio de igualdad y no discriminación (Artículo 16 CN) al privar en los hechos al trabajador de los derechos a la reparación íntegra del daño que gozan los restantes habitantes. Incluso esa desigualdad se manifiesta en el caso de que el dañante del trabajador sea un tercero, del que puede obtener una reparación plena sin renunciaciones, ni quitas, mientras que el trabajador damnificado por daños en el empleo, debe soportar parte del daño si quiere acceder a las prestaciones sistémicas.

12. Más precisamente, la remisión a la justicia civil, de las acciones reclamando contra el empleador reclamando la reparación integral, con sus principios y normas procesales es inconstitucional en la medida que:

12.1 Viola el principio protectorio

12.2 Desconoce las disposiciones procesales vigentes como derecho mínimo de acceso irrestricto a la justicia laboral especializada;

12.3 Quebranta el principio de progresividad reconocido con jerarquía constitucional por la Corte Suprema, al retrogradarse respecto de acciones que se atribuyeron en virtud de la ley 18.345 a la Justicia Laboral (Artículo 20)

12.4 La modificación de la competencia, es una decisión dogmática que carece de todo fundamento razonable y es solo se manifiesta como una política judicial destinada a entorpecer las acciones de los trabajadores evitando una tutela judicial efectiva, contraviniendo los fundamentos y normativo que dieron motivo a la creación del específico fuero del trabajo, nacido precisamente para igualar –en el proceso– la desigualdad material que también afecta a los trabajadores durante la tramitación del pleito.