

Reproducido en www.relats.org

ARTTICULOS SOBRE LA NORMATIVA DE RIESGOS DEL TRABAJO

Ricardo Cornaglia

I.EL DERECHO DE DAÑOS LABORALES Y LA REFORMA DE LA LEY DE RIESGOS DEL TRABAJO EN RELACION CON SU CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y LA POSICIÓN ADOPTADA POR EL IDEL-FACA.

Publicado en Doctrina Laboral Errepar, 328, diciembre 2012.

1.-LA POSICIÓN ADOPTADA POR EL IDEL-FACA ANTE LA SANCIÓN DE LA LEY 26.773.

El Instituto de Estudios Legislativos (I.D.E.L.), de la Federación Argentina de Colegios de Abogados (F.A.C.A.), es el organismo que reglamentariamente asesora a la entidad madre de la agremiación de la abogacía argentina organizada a partir de la colegiación. Lo hace a partir de sus Secciones, integradas por prestigiosos juristas, que debaten y dictaminan en materia de doctrinas propuestas para orientar a la Federación en materia de lege lata y en especial, en propuestas referidas a estudios de lege ferenda.

La entidad viene manteniendo una clara posición reformista de la Ley 24.557, desde que esa fuera sancionada. Fue pionera, haciéndose eco de dictámenes y resoluciones de Institutos de Derecho del Trabajo de los Colegios que la integran, en la toma de posición que orientaron las demandas de daños que terminaron por provocar el control de constitucionalidad de esa Ley sancionada en el año 1995. Una ley a la que recién la Corte Suprema de Justicia de la Nación, desandando un moroso, oscuro y torpe proceder anterior, se atrevió a desactivar en cuanto a las prescripciones que subvierten a la Carta Fundamental, llegado el mes de septiembre del 2004.

Puede sostenerse, que la zaga de fallos que la Corte dictara desde entonces, en relación a ese control de constitucionalidad, la prestigió por sobre sus errores anteriores. Pero que ese paso dado, llegó después de años de dura insistencia, sostenidos por una abogacía, que demostró la importancia que tiene para un régimen republicano y democrático, el apoyarse en sus sistema de control difuso de la Constitución.

La Constitución se sostiene en la medida en que el pueblo la resguarda por medio de su abogacía y cada Juez, aún el del grado más modesto, se muestra sensible a esto. Cuando el abogado se siente obligado a señalar el desmadre del legislador o el poder ejecutivo, en la reglamentación operativa de los derechos constitucionales, busca y suele encontrar, el apoyo de sus colegas primero y de sus asociaciones gremiales luego, en la esperanza de convencer al Juez (con mayúscula), que tenga el coraje civil de acompañarlo.

Gracias a una de esas arduas y largas luchas, apoyándose en ella, la Corte en septiembre del 2004, le dio

una dimensión distinta a su pensamiento constitucional, en cuanto hermanó en el discurso formativo y en las resoluciones ejemplares, el necesario respeto a los derechos humanos y sociales fundamentales, que conforman el entramado profundo de un Estado Social de Derecho, que se apoya en su Constitución y los más trascendentes Tratados Internacionales que programan para la humanidad, relaciones sociales dignas.

En el año 2006, la Sección de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, emitió un dictamen, cuando se estaba anunciando en los medios de difusión masiva, recogiendo trascendidos, que existía un supuesto proyecto oficial de reforma. Se aclara que el proyecto en definitiva nunca fue dado a conocer formalmente, pero a partir de las versiones que circulaban del mismo extra oficiosamente, la Sección se expidió de esta forma, encomendando al legislador respetar estas pautas :

“Desde la óptica de las víctimas que el trabajo produce, en un país en el que las normas de seguridad e higiene son violadas sistemáticamente y el trabajador por estado de necesidad debe exponerse al riesgo creado, con abandono del Estado del ejercicio del poder de policía en la materia, en la medida en que subsista un sistema de seguros obligatorios gerenciados por empresas de lucro, la reforma deberá:

- a) Respetar el derecho de las víctimas a una indemnización tarifada mínima, pero razonable, y contar con las prestaciones salariales y en especie necesarias para alcanzar la rehabilitación posible.
- b) Adoptar las disposiciones que respondan a los principios de celeridad y automaticidad de otorgamiento de esas indemnizaciones y prestaciones.

- c) Reconocer el derecho a poder reclamar del dañante la superación de la indemnización mínima que reconozca el sistema, a partir de la prueba posible de un daño mayor y en cuanto la indemnización tarifada no sea suficiente para cubrir con la reparación integral.
- d) Calificar al infortunio laboral como aquél producido en ocasión o con motivo del trabajo, superando los criterios actuales, que limitan al accidente en su definición de tal dejando fuera de cobertura a los que no revisten el carácter de súbitos y violentos y a las enfermedades únicamente como a las consideradas como profesionales, dejando en principio sin cobertura a aquellas que no están listadas por la administración.
- e) Respetar el ejercicio libre de las acciones que cumplan esos fines, ante el juez natural, con acatamiento a las normas procedimentales locales y respeto al derecho a la jurisdicción laboral sin retaceos.
- f) Rechazo a implementar legalmente opciones excluyentes de acciones, que impliquen limitar de cualquier forma el acceso irrestricto a la justicia para los trabajadores.
- g) Sujeción de las Comisiones Médicas a las autoridades administrativas locales.
- h) Acceso de las víctimas a los recursos administrativos que correspondan a esos derechos a la jurisdicción ante las autoridades locales y revisión judicial amplia, incondicionada e irrestricta. Sin condicionar el ejercicio de las acciones de daños judiciales, al agotamiento de los trámites ante las A.R.T. o las Comisiones Médicas.
- i) Reemplazo de las incumbencias jurídicas delegadas a los profesionales de las ciencias médicas en las funciones

asignadas actualmente, con agravio de la abogacía, provocando con ello arbitrariedades manifiestas por falta de natural capacidad especializada de los que sin preparación técnica y científica resuelven cuestiones de derecho.

j) Respeto del fuero del trabajo, como el idóneo para el tratamiento de los derechos sociales involucrados en estos conflictos.”[2]

Esa era la forma en que se expresaba la abogacía organizada, para entonces, llevando a cabo una lectura crítica del sistema vigente y emparchado, que a todos luces resultaba necesario reformar por las tachas de inconstitucionalidad que había merecido. Pese a la reforma de octubre del 2012, practicada mediante la Ley 26.773, sus requerimientos de entonces, siguen teniendo plena razón de ser, en cuanto a la mayor parte de los temas abordados.

Si alguien pensó que esa vía crucis de ocho años, que había llevado a los fallos de Corte dictados en septiembre del 2004, estaba cerca de ser superada a partir de una ley que con humildad recogiera las doctrinas jurisprudenciales, tiene motivo para una nueva frustración. A dieciséis años de la entrada en vigencia de la Ley 24.557, lo cierto es que las reformas legislativas que nos sorprenden en el 2012, vienen a prolongar el calvario de las víctimas de infortunios.

Durante el debate parlamentario de la ley 26.773, fue requerida la institución representativa de los abogados, para que informe sobre el proyecto y las posiciones adoptadas sobre el tema IDEL-FACA, se hicieron saber a los legisladores en la Cámara de Senadores y en la Cámara de Diputados de la Nación,. En ambas Cámaras informó el autor de este trabajo designado al efecto y lo hizo reiterando esos términos, pero la ley fue sancionada el 24 de octubre del 2012, sin que los

legisladores de la mayoría, se mostraran permeables a las argumentaciones vertidas.

Ya consumado el acto, el Instituto de marras, volvió a ser categórico ahora en torno a la reforma producida y el 2 de noviembre del 2012, la Sección de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social[3], expidiéndose en forma crítica y coherente con las posiciones antes adoptadas, tanto para sostener la necesidad de la norma para ponerla en línea con la constitución que subvierte, como en los contenidos que tiene que adoptar la programación operativa de los derechos fundamentales que alcanza.

El reciente dictamen, al que comentándolo glosaremos en el afán de difundirlo, destaca que la Ley 26.773, mantiene el cuestionado régimen de reparación de los infortunios de trabajo, sin alterar su esencia. Tiene en definitiva el propósito de legitimarlo, como un subsistema de la seguridad social que tiene vicios constitutivos, violatorios de derechos constitucionales burlados.

Que la norma, básica, la L.R.T. 24.557 y su reforma al mantener clara contradicción con los principios constitucionales de indemnidad del trabajador, progresividad, protectorio, razonabilidad de la ley, no discriminación, igualdad ante la ley, el derecho de defensa y la garantía del debido proceso judicial, (consagrados en los arts. 14 bis, 19, 16, 18 y 28 de la Constitución), no supera el test de constitucionalidad y convencionalidad que la Corte, explicitó a partir de la zaga de fallos "Castillo", "Aquino", "Milone" e "Itzcovich", "Arostegui" y "Lucca de Hoz", (entre muchas otros).

Desnuda el dictamen que los aumentos tarifarios de la reparación de daño, no purgan al sistema de sus vicios. Atenúan uno de sus aspectos, pero pretende mantener los

otros, compensando la inconstitucionalidad con una magra comisión para practicarla, con lo que la víctima pasa a quedar en peor situación que antes, cuando su reclamo se apoyaba en el antecedente jurisprudencial que trabajosamente había tratado de respetar a la teoría general de la responsabilidad, cuando se la aplica a los trabajadores, como sujetos de especial consideración tuitiva constitucional.

Pone de relieve ese trabajo, que ahora pasa a tener significativa importancia ante la posibilidad de articular nuevas demandas de inconstitucionalidad, tachando a la ley 26.773 y puede ser usado básicamente para articularlas, los vicios que hacen a los siguientes tópicos:

2.- VEDAR EL ACCESO A LA JUSTICIA ANTE EL JUEZ NATURAL.

Tercamente, el legislador en la Ley 26.773 redobló la apuesta a favor de la censura al acceso a la justicia ante el juez natural y la anulación de la competencia del fuero de trabajo, en las acciones comunes que desde la creación de ese fuero, en la década de 1940, las leyes procesales reconocieron como de básica incumbencia.

Insistió el legislador, dando satisfacción a un reclamo del empresariado, que siempre pretendió que cuando el juicio de infortunios cobra todos los poderes que le asigna el derecho de daños, sea derivado a un juez, que trate a las víctimas trabajadores dependiente, en un plano de estricta igualdad y en función de los principios generales del derecho civil, en los juicios que tramiten contra sus patrones como dañantes demandados.

La reforma lleva al derecho positivo, la censura al acceso irrestricto a la justicia especializada, única capacitada para juzgar sobre el contrato trabajo en cuanto a los daños que tienen razón de hacer en sus prestaciones, en cuanto esos daños pueden responder a conductas culposas o dolosas, reguladas por la compleja legislación de seguridad e higiene, Ley 19.587 y sus reglamentaciones que se desgranar en decretos y resoluciones de la autoridad de aplicación, como así también en previsiones múltiples de más de dos mil convenios colectivos de trabajo.

La censura ya había sido planteada con timidez en el art. 16 de la Ley 24.028, pero se profundizó en la ley 24.557, mereciendo por ello críticas y sentencias de inconstitucionalidad en lo que hace al irrestricto acceso a la justicia por los trabajadores o sus causahabientes, en cuanto a las demandas por ante el juez natural, destinadas a acceder a justas e integrales reparaciones de daños padecidos.

De atenernos a su texto, el trabajador víctima de un infortunio laboral, no podrá seguir reclamando en forma irrestricta ante un juez laboral, la reparación de los daños y las prestaciones en especie (tratamientos médicos y rehabilitatorios), cuando éstos le sean negados por un empleador dañante, su aseguradora de riesgos del trabajo, o la autoridad de aplicación (Superintendencia de Riesgos del Trabajo y Comisiones Médicas).

Se ha señalado categóricamente por el IDEL que resulta peyorativo el trato dado a la justicia del trabajo, y que la normativa sancionada se constituye en una afrenta gratuita para los abogados (por los términos en que fue fundado el proyecto de la norma) y un valladar, para acceder a jueces especializados en la rama jurídica que operativiza los derechos

humanos y sociales, involucrados en la protección de salud y vida de los trabajadores asalariados, en cuanto resulten víctimas de daños, que sucedan en función de las actividades lucrativas de sus empleadores.

Sólo una justicia especializada, capaz de racionalizar los conflictos sociales propios de un Estado de Derecho moderno, ofrece garantías de objetividad e idoneidad, que no brindan los jueces que no están preparados para ello. Menos aún cumplen esa función, los órganos administrativos con que se les pretende reemplazar, con una medida violatoria del principio de progresividad, colocando a los trabajadores al margen de una conquista social que se venía manteniendo desde la década de 1940.[4]

El juez natural y competente, en garantía del debido proceso judicial de los derechos humanos y sociales que se someten a su control, debe estar facultado ampliamente tanto para revisar el proceder administrativo como para brindar el acceso irrestricto al reclamo judicial, cuando la víctima encuentre mayor garantía en la justicia para resolución de cuestiones, en las que la burocracia sirve para obstaculizar o desvirtuar esos derechos.

El Juez natural es la persona en condiciones de interpretar y aplicar la compleja normativa de la seguridad e higiene y el que tiene el deber de impulsar la instrucción penal, contra los dañantes, cuando de ellas resulten lesiones u homicidios culposos.

El documento que comentamos señala, que “la derivación de las acciones de daños laborales, propias del derecho común a la justicia Civil constituye un agravio gratuito y torpe al derecho de acudir ante el juez natural.”

Y que “Imponer al juez, interpretar las acciones comunes a partir de los principios generales del derecho civil, es no haber comprendido a la cuestión social y haber admitido al conflicto entre el trabajador-víctima y el empleador-dañante, como un concepto inherente a la relación de trabajo, al que la norma de Estado Social de Derecho debe racionalizar.

“En la economía moderna, la apropiación del trabajo dependiente, se cumple a partir de una relación matizada por esa conflictividad que le es inherente, la que no se resuelve por vía de ignorarla o censurarla, en los Estados que se afirman en el constitucionalismo social.”

Por otra parte y a partir de la defensa del federalismo, valor que la F.A.C.A., entiende a partir de la representación que ejerce a rajatablas de ese tipo de organización integrando a más de ochenta colegios públicos de abogados, el documento destacó que en la mayoría de las Provincias Argentinas, las leyes de procedimientos locales y algunas de sus más avanzadas Constituciones, esa competencia está adjudicada a la justicia de trabajo, con claro fin de dar mejor protección a las víctimas y comprender, como no se lo hizo en la ley sancionada, que hay acciones comunes de reparación de daños integrales, que se fundan en normativa laboral. Esto, independientemente de otras normas del derecho civil, comercial, aeronáutico y de la navegación, que también pueden atribuir responsabilidad por daño a los trabajadores, en el marco de conductas encuadradas en ocasión y con motivo de las prestaciones del contrato de trabajo.

Y finalmente, proyectándose al plano del derecho internacional al que la Argentina debe someterse, se señala que el art. 36 de la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, exige a los Estados americanos implementar una “jurisdicción

especial del trabajo y un procedimiento adecuado para la rápida solución de los conflictos”. El derecho constitucional de acceso a la justicia por parte de los trabajadores se garantiza mediante 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 8º y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

3.- LA REIVINDICACION DE LOS DERECHOS HUMANOS.

El trabajo hace a la dignidad del hombre y la Constitución argentina así lo reconoce.

Se ha señalado apropiadamente en el Dictamen del IDEL;, que Ley 26.773, contraría al art. 14 bis, por cuanto el legislador debe proteger mediante la ley al trabajo, “asegurando al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor;...”. Y que no es trabajo digno, aquél que no cuente con el derecho a reclamar ante el poder judicial, sin impedimentos legales, prestaciones de salud y resarcimiento integral de los daños que en la salud o vida, pueda sufrir el ser humano. Esto abundando en jurisprudencia de la Corte que supo resaltarlo..[5]

4.- LA RENUNCIA DE LOS IRRENUNCIABLES DERECHOS HUMANOS Y SOCIALES, IMPLÍCITA EN LA OPCIÓN EXCLUYENTE.

Con agravio del derecho de defensa, el debido proceso judicial, la teoría general de la responsabilidad y la pluridimensión de los regímenes que la integran, por vía pretoriana y sin que el derecho positivo consagrado en la ley 9.688, lo autorizara, en determinados períodos históricos, se construyó la idea de que ciertas indemnizaciones percibidas en estado de necesidad, pese a ser insuficientes, implican una renuncia al derecho de la

reparación integral del daño. Es más, que sólo intentar el ejercicio de una acción, veda a la posibilidad de reclamar en subsidio a las otras. [6]

El artilugio procesal de crear por vía de una ley, la ficción de una opción excluyente, que coloque a la víctima que cobra las indemnizaciones tarifadas propias de los beneficios de la seguridad social, en situación de no poder reclamar el daño mayor que pudiera haber sufrido, contra los causantes del mismo, no supera los controles de constitucionalidad y convencionalidad, que imponen el respeto a los derechos fundamentales humanos y sociales.

El instituto de la opción excluyente, implica una burda extorsión a partir del estado de necesidad de la víctima. Una coacción, de ese tipo, vicia el consentimiento presuntamente otorgado y constituye una ficción para transformar en renunciable, lo que por su naturaleza es irrenunciable.

Llega la norma sancionada, al derogar el art. 39, apartados 1, 2 y 3 de la Ley 24.557, a vedar la acción judicial de reparación de daños en caso de dolo del empleador por ante el juez del trabajo, dotando a los dañantes de una inmunidad que resulta groseramente inconstitucional.

Son innumerables las resoluciones de Congresos de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, que expresamente rechazaron a la llamada opción excluyente, por constituir una grosera violación de los arts. 18 (derecho de defensa de la víctima y garantía del debido proceso judicial) y 19 (consagradorio del deber de no dañar y el correlativo de acceder a la reparación), ambos de la Constitución Nacional. En el caso, es de aplicación el art. 28 de la Constitución Nacional, por la manifiesta irrazonabilidad de la ley operativa,

lo que impone ejercer el control necesario en resguardo de derechos fundamentales.

5.- EL OBLIGADO PROCESAMIENTO DEL INFORTUNIO.

La reforma, ha ratificado los vicios del procedimiento administrativo obligatorio previo en materia de infortunios laborales, en los términos de la regulación reformada.

Que esa regulación en la práctica ha quedado demostrada que fue instrumentada en función de los intereses de la aseguradoras de riesgos del trabajo, y que ahora se encuentra robustecida por la arbitraria disposición que solo permite acceder a las acciones comunes judiciales de reparación integral, después de agotar la víctima un engorroso y lento trámite, que se tiene la certeza que en buena parte de los infortunios posibles, no tendrá otro sentido que condicionar el acceso al Juez natural.

El trámite administrativo impuesto como una carga a las víctimas, de ineludible tránsito, cuando de anticipado se conoce la inutilidad de intentarlo, no puede condicionar el derecho a acudir a la vía judicial, cuando resulta notorio, que la jurisprudencia laboral registra miles de sentencias que contradicen lo resuelto en ese expedienteo y terminan por admitir que las víctimas tuvieron que tramitar arduos y largos juicios contra los empleadores y las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo, siendo éstas condenadas.

Con esos juicios queda evidenciado que los criterios arbitrarios de la autoridad administrativa que respaldaba a los dañantes y/o sus aseguradoras en su instancia, empujó a las víctimas en el ejercicio de la defensa de sus derechos, al proceso judicial. Entre esos juicios los más notorios son los que corresponden a enfermedades no listadas.

6.- LA ENFERMEDAD QUE ENCUENTRA CAUSA EN EL TRABAJO.

El sistema de prestaciones de salud y reparación de daños de la ley 24.557, si en algo se ha mostrado ineficaz y de funcionamiento administrativo arbitrario, ha sido en la cobertura de las enfermedades que tienen causa, concausa o agravación en el trabajo prestado.

En los últimos años sólo ha otorgado prestaciones por las mismas, menores al dos por ciento del total de las que cumplimentaba, según informa la Superintendencia de Riesgos del Trabajo. La enfermedad, (profesional o la enfermedad-accidente), han sido sistemáticamente extrañadas en la práctica del sistema. De ello resultaron beneficiarios, los empleadores en su calidad de dañantes y sus aseguradoras. Por dieciséis años, viene el sistema funcionando a partir del subsidio que implica la asunción del daño que causan esas enfermedades por los enfermos y si ellos cuentan como acceder, por el hospital público y las obras sociales.

Esto ha sucedido con activa e interesada participación de los empleadores y sus aseguradoras de riesgos del trabajo, que logran mayores ganancias cuanto menos enfermedades reconozcan, debiendo otorgar prestaciones en especie y dinerarias, que omitidas se traducen en ganancias..

La ley 24.557 a partir del tratamiento operativo dado a la enfermedad, limita el juzgamiento de la causalidad laboral, mediante el listado cerrado que impusiera la Ley 24.557, lo que ya ha sido sistemáticamente impugnado por la doctrina y la jurisprudencia..

El art. 9 de la ley 26.773 pone en contradicción en contradicción a dicha norma con la jurisprudencia de la CSJN

(“Silva”, sent. del 18/12/2007, Fallos, 330:5435) y de la SCBA (“Buttice”, sent. del 17/12/2008), fallos que habilitan la reclamación y es de suponer que las mismas razones que antes de la reforma determinaban la tacha de inconstitucionalidad, ahora siguen siendo planteable ahora...

7.- LA INCONSTITUCIONALIDAD ATINENTE A LA NATURALEZA DE LA SEGURIDAD SOCIAL QUE IMPLEMENTA LA LEY.

Desde el punto de vista institucional y en especial, de la arquitectura constitucional del Estado Social del Derecho y su orientación, el IDEL-FACA ha destacado anteriormente, que la reforma que se debe llevar a cabo, debe respetar el programa constitucional desarrollado por el art. 14 bis de la Constitución Nacional y reconocer que los organismos de la Seguridad Social deben ser entidades nacionales o provinciales cogestionadas por sus beneficiarios y ajenas a la lógica propia de los fines de lucro.

Ello determina necesariamente que las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo, deben dejar de constituirse en una privatización encubierta del subsistema de seguridad social que refiere a la salud y vida alcanzados por los riesgos del trabajo. Se impone el sinceramiento de la seguridad social en la materia, madurando como servicio público y, funcionando en relación directa con el sector público de la medicina y con las obras sociales.

Ese precepto constitucional sostiene que los beneficios de la seguridad social tendrán el carácter de integral e irrenunciable. Sostener como se lo hace en la Ley 26.773, que el ejercicio de acciones judiciales o la percepción de indemnizaciones magras, implica una renuncia de esos derechos, es una burla del derecho de fondo reglamentado, que merece el control de

inconstitucionalidad al que desafía. Luis María Jaureguiberry, convencional constituyente de la reforma del años 1957 que implementó el art. 14 bis, desde la autoridad de haber sido uno de los informantes de la reforma, explicó en cuanto al otorgamiento de los beneficios de la seguridad social: “Es deber del Estado otorgar sus beneficios lo que importa que sea obligatorio para éste, lo que no debe confundirse con el carácter de “irrenunciable” que tiene el precepto, y que está referido a sus beneficiarios. Son dos puntos de vista distintos. Para el Estado: Deber u obligación. Para el beneficiario: Derecho de orden público y por lo tanto irrenunciable”. [7]

8.- CONCLUSIÓN.-

Este artículo, como el lector lo ha advertido, es una crónica, que parte de la glosa de dictamen de un instituto asesor la Federación Argentina de Colegios de Abogados.

Aunque refiere a la reciente sanción de la Ley 26.773, lo cierto es que las posiciones que se reiteran a partir de esa reforma, ya habían sido adoptadas como doctrina de la entidad y lejos estuvieron de ser oídas, valoradas o tenidas en cuenta por el legislador.

Sin ninguna duda, no faltarán conflictos que la justicia tenga que resolver, a partir del control de constitucionalidad y el tiempo dirá si lo advertido tenía razón de ser o no. Mientras tanto, las víctimas en gran medida, seguirán subsidiando a los dañantes y sus aseguradoras. Lo harán a costa de su salud y vida..

[1] El autor ejerce la presidencia del Instituto de Estudios Legislativos (IDEL) de la Federación Argentina de Colegios del Abogados (FACA)..

[2] Ese dictamen fue suscripto por los miembros de la Sección Néstor Rodríguez Brunengo, Moisés Meik, Eduardo O. Alvarez, Juan Carlos Fernández Madrid, Angel Eduardo Gatti y Rodolfo Capón Filas y el autor de esa nota para entonces director de la Sección. Los términos de este Dictamen fueron hechos suyos primero por la Mesa Ejecutiva del IDEL y luego por la Junta de Gobierno de la Federación Argentina del Colegios de Abogados, transformándose en la posición oficial adoptada de la entidad que agrupa a más de ochenta colegios de abogados del país.

[3] Suscribieron el dictamen de esa Sección del IDEL-FACA, como miembros de la misma, Moisés Meik, Angel Eduardo Gatti, Carlos Vázquez Ocampo, Eduardo Curutchet, Juan Orsini, David Duarte, Juan Formaro, Guillermo Gianibeli, Guillermo Pajoni y Ricardo J. Cornaglia.

[4] Conquista del derecho social, que sólo se intentó retacear en el art. 16 de la derogada Ley 24.028, criticado y resistido por los estados provinciales por sobradas razones de justicia social.

[5] CSJN, Fallos: 323: 1339; 326: 4931.

[6] El autor abordó los temas de la opción y la pluridimensión de acciones, entre otros en estos trabajos: Acciones laborales por daños y perjuicios, conferencia pronunciada en el Colegio de Abogados del Departamento Judicial de Lomas de Zamora, el día 7 de abril de 1979, publicada en Temas de Derecho Procesal Laboral, cuadernos de doctrina n° 2 del Colegio de Abogados del Departamento Judicial de Lomas de Zamora. Pluridimensión de responsabilidades en materia laboral, en revista Derecho Laboral, Buenos Aires, año 1982, tomo XXIV, pág. 150. La opción de acciones de reparación del infortunio obrero y el ejercicio subsidiario de las mismas, en revista

Doctrina Laboral, Errepar, Buenos Aires, mayo de 1992, Año VII, n° 81, tomo VI, pág. 532. También publicado en una versión ampliada y reformada, en la Revista del Colegio de Abogados de La Plata, marzo – diciembre de 1993, año XXXIII, n° 53, pág 95. Un debate actual: Pluridimensión de responsabilidades versus acción excluyente, en el diario La Ley, miércoles 5 de julio de 2006, año LXX, n° 128, p. 1. El capítulo VIII, titulado La opción de acciones de reparación del infortunio obrero, de su libro Derecho de Daños Laborales. Acciones comunes por infortunios, Editorial Némesis, Buenos Aires, 1992, pág. 175 y ss.

[7] Ver: Luis María Jaureguiberry, “El artículo nuevo (constitucionalismo social)”, Librería editorial Castellvi S.A., Santa Fe, 1957, p. 123.

II.LA LEY 26.773 Y LA NATURALEZA CONTRACTUAL OBJETIVA POR RIESGOS DE LA ACCION DE REPARACIÓN INTEGRAL DE DAÑOS

Publicado en Doctrina Laboral y Previsional. Errepar. No 332. Abril del 2013, p 367 y ss.

La reforma de la Ley 24.557 por la Ley 26.773, desafía a la doctrina y pondrá en aprietos a la jurisprudencia.

Como fundamento para la misma, el Poder Ejecutivo, al elevar el proyecto de ley y los legisladores durante el debate, alegaron como razón de su quehacer, las reiteradas declaraciones de inconstitucionalidad que la Ley vigente desde

1995, provocó por parte de los más Altos Tribunales del país y en especial la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Asentada la reforma sobre un edificio resquebrajado, tendría por sentido supuesto el de apuntalarlo. Los puntales ideados más bien parecen agrandar sus grietas y abonar a la crisis del edificio como sistema normativo.

La reforma no modifica al sistema de seguridad social implementado, que responde al programa del art. 14 bis de la Constitución Nacional, con buena orientación pero pésima implementación. El régimen de la Ley 24.557 abre las puertas de la corrupción cuando se coloca en manos de las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo y la medicina privada, la solución de los problemas que ya enfrenta la política de salud y sufre la población, en todos sus estratos sociales y en especial, en el de los más necesitados.

Con mucha más razón que en materia de riesgo por la edad (previsional), ese negocio de ingeniería financiera creado por la economía de mercado con sus vicios, debería haber merecido la misma suerte que la Ley 24.241, pero sin embargo, la ley 26.773, tiene la criticable función de venir a legitimarlo.

Esto no deja de constituirse en una violación de la Constitución, la que ordena que el sistema de la seguridad social tenga el carácter de integral e irrenunciable y que los seguros sociales obligatorios que la implementen esté “a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado...”.

Es cierto que en esta materia, la Corte viene guardando un cauto silencio, más cercano al temor que a la prudencia y en esto el legislador no contó con libreto alguno que respetar, por

parte de la jurisprudencia. No es para menos al advertir cual es la suerte que corren las resoluciones en materia previsional.[2]

Pero es nuestro deber resaltar que los derechos públicos subjetivos de la población reconocidos en la Constitución están en sus manos (las de la Corte y las del Congreso) y no encuentran quienes quiebren sus lanzas en sus defensas.

En lo que la reforma enfrenta una doctrina de la Corte vigente, sentada por los miembros de su actual integración, es en materia del régimen de reparación de daños de la víctima.

El daño ya producido, genera contra el dañante acciones que procuren su reparación en especie (en especial médicas), para el tratamiento y recuperación de la víctima y dinerarias, propias de la subsistencia durante los tratamientos de recuperación y reparativas de los daños que alcanzan la condición de permanentes.

Teóricamente en el régimen de las leyes 9688 y 24.028, y conforme a las normas del derecho común de daños, las víctimas contaban con acciones a ejercer contra el empleador en su condición de dañante, pero en la realidad se veían impedidos de ejercer esos derechos en forma eficaz y sin que los remedios con que contaban en la teoría no fueran peor que la enfermedad.

La acción de la policía del trabajo y el proceso judicial en función de la reparación en especie se demostró totalmente ineficaz, tardío y falto de la suficiente especialización que debía acompañar al logro de resultados posibles de conseguir las curas necesarias. Los sindicatos no fueron capaces de organizar su actividad y las de sus obras sociales, en función de esos logros. Estas últimas, ni siquiera intentaban la recuperación de los gastos por servicios que debían prestar y

que los dañantes no daban. Se quejaban sistemáticamente de sus déficit y faltas de recursos suficientes, pero en la realidad operaban y los sigue haciendo, dando servicios a sus afiliados, que humanitariamente no pueden negar, pero al mismo tiempo, como correa de transmisión de una forma de subsidiar a los dañantes.

La ley 24.557, tuvo un efecto positivo en cuanto a prestaciones de salud y reparatorias de daños exigibles por las víctimas de infortunios de trabajo, al externalizar los costos empresarios y crear con impuestos sociales, la alternativa de reclamar de un tercero del contrato de trabajo, (las aseguradoras de riesgos del trabajo).

El régimen legal adoptado, permitió a la víctima tener un tercero de la relación contractual dependiente, vicario de la misma, que no se trata del patrón, lo que le permitió procurar el remedio, sin ponerse al borde del despido, que en el mercado de trabajo actual, equivale decir que a la enfermedad y la incapacidad, le seguirá la marginalización.

Ese paso adelante, forma parte de los cimientos del edificio y no tiene poca importancia para los débiles, en una sociedad democrática. Y si bien esto condiciona al derecho de daños causados por el trabajo, la Corte se encargó de resaltar hasta el cansancio desde el 2004, de que en materia de derechos humanos y sociales fundamentales, la seguridad social no viene a desposeer a las víctimas del riesgo, sino a protegerla.

La reforma de la Ley 26.773, construye una artificial antinomia entre la seguridad social y el derecho de daños, burlándose de esa trabajosa y rica doctrina sentada por la Corte, con motivo de ejercer los controles de constitucionalidad y convencionalidad de la Ley 24.557 y para ello, tergiversa cruelmente el acceso a la justicia y el ejercicio de las acciones

judiciales, a mérito de llevar el concepto de la acción excluyente, a consecuencias inéditas, que nunca antes habían tenido razón de ser en el derecho positivo desde la sanción en 1915 de la Ley 9.688.

El numen de la cuestión jurídica articulada está en la naturaleza de las acciones laborales y el acceso a la reparación que ellas procuran. Según se defina esa acción en materia de teoría general de la responsabilidad, será concebible pensar las posibilidades de renunciarla o de someterla a mecanismos represores en lo procesal de su ejercicio ante el juez natural.

La sentencia que resuelve en materia de la responsabilidad en los infortunios laborales, no puede eludir la cuestión de la naturaleza contractual y el deber de resultado de la acción básica a ejercer en un juicio de valor, que se desprende en el sistema de la Ley 24.557 aun con la reforma de la ley 26.773.

Es ese juicio de valor el que fue objeto de la reforma. Admitiendo la posibilidad de su ejercicio, habilitado por la jurisprudencia y a regañadientes admitido ahora en la ley anexa al régimen principal, pero condicionándolo al fracasar el intento anterior de impedirlo.

El método adoptado sigue siendo represor. Para el legislador de la reforma el ejercicio de las acciones judiciales de reparación tarifada procurando demostrar que el daño real sufrido es mayor que el presumido legalmente, constituye la única industria vituperada del país. Es una constante de las formas represivas acusar a las víctimas. Enjuiciarlas por atreverse a reclamar como tales. Es que sus reclamos, constituyen el testimonio de una condición legal de dominación que repugna a la conciencia ética de la sociedad y afecta a los

poderes constituidos, refugiados en la presunción de legalidad de sus actos.

En esa clase de juicios de valor, obstaculizados procesalmente, tratados de impedir, aunque la sentencia se funde en formas de responsabilidad ajenas a las específicas del sistema de seguridad social, siempre parte de hechos acaecidos en ocasión y con motivo del trabajo, por lo que se sustenta en relaciones propias de la responsabilidad por riesgo profesional. Ningún infortunio de trabajo, deja de ser tal por estar causado por dolo, culpa o riesgo creado, del empleador, de la aseguradora de riesgos del trabajo o de un tercero ajeno a la relación de trabajo.

Previendo la Constitución que el sistema de la seguridad social es irrenunciable, ni el beneficiario, ni el legislador supuestamente legitimado para operar regulando para protegerlo, pueden generar renunciaciones en torno a las conductas que lo que el sistema alcanza y con referencia a las acciones con que protege a las víctimas.

Este sistema de costos externalizados de la empresa, que en definitiva son retransmitidos a la sociedad en el precio de servicios y mercaderías, sólo se justifica en cuanto a la seguridad social programada constitucionalmente, a partir de los derechos de los trabajadores para protegerlos del riesgo laboral, como víctimas del mismo. Un riesgo creado por el empleador en su propio beneficio, que coloca al trabajador en situación de potencial daño, con derechos reparativos cuando el daño se consumó.

La sistemática de las leyes 24.557 y 26.773, funciona dejando de considerar a la víctima como la razón de ser del seguro social obligatorio. Hace de los empleadores-dañantes asegurados y sus aseguradoras, la razón de ser del negocio.

Fue Otto Eduard Leopold von Bismarck, (canciller de Alemania entre 1871 y 1890), el que apropiándose de las ideas socialistas de Ferdinand Lassalle[3], instrumentó para cubrir infortunios de trabajo, la seguridad social en su primer etapa a partir de seguros obligatorios para cubrir riesgos del trabajo. Y es válido que un Estado programado socialmente (es decir luchando contra la cuestión social), a favor de las víctimas de la revolución industrial, socialice la cobertura de los riesgos laborales.

Una ley de seguro social para accidentes del trabajo alemana, del siglo XIX, prescribía: “En industria peligrosa no debe explotarse el riesgo ajeno. La responsabilidad por riesgo es, en realidad, una parte de los gastos del negocio”. [4]

Desde el vamos, en la experiencia alemana, resultó claro que la socialización tenía dos aspectos. Uno era tranquilizar al movimiento obrero alemán, que para esa época era uno de los más combativos y esclarecidos. El otro era favorecer a la burguesía alemana, desarrollar el capitalismo, cuando Alemania se estaba unificando tardíamente y se encontraba considerablemente atrasada con referencia a Inglaterra y su ancestral enemiga Francia. [5]

Esa doble utilidad del sistema, no puede sostenerse, a partir de un tratamiento miserable a las víctimas.

Ahora bien, cuando copiando viejos modelos se construye la seguridad social, a costa de los trabajadores y no en su beneficio, y para beneficiar al empresariado nacional se le da patente de impunidad y permiso para matar y enfermar, sin tener que responder por sus conductas o cubriendo los daños causados en forma mezquina e irrazonable, la instrumentación de la buena idea que la Constitución ordena, se torna una

política de Estado, favorable a la violación de los derechos humanos. En esos estamos.

La forma más simple y efectiva de colocar las cosas en su lugar, pasa por respetar la Constitución y para ello, dos cuestiones resultan prioritarias. Una es revelar la verdadera naturaleza jurídica de la acción laboral que protege a las víctimas. La otra es desarticular las trampas procesales que impiden el ejercicio de las acciones reparatorias. En eso todavía no estamos.

El movimiento obrero organizado de Argentina carga buena cuota de responsabilidades en este estado de cosas. Flaco favor se le hace si se pasa por alto ello.[6]

Otra cuota de responsabilidad pesa sobre la doctrina y su mal nutrida jurisprudencia. El derecho del trabajo argentino en general y salvo excepciones, no se atreve a reconocer cabalmente, que la acción con que cuenta la víctima de un infortunio de trabajo, es contractual objetiva por riesgo. Y que se instrumenta a partir de una obligación de seguridad, que garantiza la indemnidad del trabajador. No se atreve ni siquiera a reconocerlo en plenitud, pese a que la simple lectura del art. 76 de la Ley de Contrato de Trabajo, los arts. 1 y 6 de la Ley 24.557, refieren a ella en forma clara, al alcance de todo estudiante inicial del derecho de daños.

Al jurista formado por la enseñanza positivista, un sociologista como Ernesto Quesada le resulta un pensador maldito al que conviene ignorar.[7] Y poco importa que con sus fallos de los primeros años del siglo XX, abrió las puertas de la jurisprudencia nacional al pensamiento de Saleilles y Josserand. Nuestros juslaboralistas comienzan a reconocer la presencia de Juan Bialet Massé, pero para no hacer de ello nada más que una anécdota, están obligados a leerlo y

entenderlo. Lamentablemente se lo contradice si rebatirlo razonadamente. [8]

De poco vale un jurista sin formación histórica y poco respetuoso de la jurisprudencia fundacional. Que olvide “Monreal de Lara de Hurtado c. el Estado Nacional”, un fallo de la C.S.J.N. que data de 1916, que mantiene notable actualidad.[9]

También nos hace dudar de su idoneidad, el jurista que pasa por alto el debate sobre la cuarta acción, mal saldado por el Plenario No. 3 de la C.N.A.T.[10], por transformarse en un repetidor dogmático del pensar reaccionario de Rafael Bielsa y Raymundo Salvat en materia de responsabilidad objetiva por riesgo, e insensible a las razones de Alfredo Colmo, Gastón Tobal o Leónidas Anastasi.

Eso lo lleva a repetir el pensamiento anticontractualista y reaccionario a la doctrina del riesgo profesional y lo hace capaz de sostener sin rubor, que cuando el art. 76 de la Ley de Contrato de Trabajo se refiere a la reparación de los bienes del trabajador dañados en ocasión del trabajo, no alcanza a la salud y vida en esa conceptualización.

El pragmatismo lleva a que para reparar alcanzar la reparación razonable, adecuada e íntegra de los daños, las demandas deban invocar al riesgo creado en la versión del art. 1113 del Código Civil, dando por válida la insuficiencia de fundarla en la responsabilidad contractual objetiva del art 76 de la L.C.T. 20.744 y no faltan los docentes universitarios que sostienen que la reforma de las leyes de accidentes, sirvieron para derogarla expresa o implícitamente.

Gran parte de la jurisprudencia, discurre sobre la razón de ser de la atribución de responsabilidad en función de la

extracontractualidad o el objetivismo no laboral, sin haber definido previamente que en el mismo caso también se debe responder dentro del sistema de la ley de riesgos y hasta alcanzar una reparación integral razonable del daño, simplemente está debatiendo anacrónicamente, con referencia a un derecho positivo no vigente y en función de caprichosas y arbitrarias posiciones asumidas en el pasado.

Esa jurisprudencia es continuadora de aquella que le dio un sentido absurdo al optar del art. 17 de la ley 9688, permitiendo que la renuncia presumida en la ley alcanzara a derechos humanos fundamentales, que por tales eran irrenunciables y que para ello, caracterizó al derecho social, prejuiciosamente y con menosprecio.

Más cerca en el tiempo, cuando la ley 24.557 no admitió opciones, el operador reaccionario del derecho, aún al descubrir la irrazonabilidad de la tarifa mezquina, para poder sostener la declaración de inconstitucionalidad de la misma, tuvo que reavivar una opción inexistente en función del derecho civil, (arts. 11109 y 1113 del C.C.), sin atreverse a leer, interpretar y aplicar con simpleza, los arts. 76 y 75 de la Ley de Contrato de Trabajo 20.744 (t.o. dto. 390/76). Menos aun, rastrear los antecedentes históricos de esas normas.[11]

Ese pragmatismo, procura no enfrentar vieja jurisprudencia y evitar la necesidad de resolver la problemática de la declaración de inconstitucionalidad de la reforma del art. 75 mediante la ley 24.557, que tuvo el claro propósito de castrar los reclamos de reparación integral, en función de la tarifa potencialmente irrazonable.

En realidad, todos los fallos en que para responsabilizar al empleador dañante fundados en el art. 1113 del Código Civil, por la reparación integral de los perjuicios, no dejan de

encubrir una tácita adhesión a vaciar el derecho del trabajo de su imperio. Desde un punto de vista histórico, la asunción por el derecho civil de la responsabilidad objetiva por riesgo creado, es hija de la previa asunción de la responsabilidad contractual objetiva por riesgo profesional.

Mucho antes de que los civilistas conservadores abandonaran la presunción de culpa, para aplicar la responsabilidad objetiva por riesgo creado, en función de las actividades que dañan, los civilistas progresistas habían reconocido que la actividad que beneficia en la apropiación libre del trabajo ajeno (contratos de locaciones de servicio), se daban formas de responsabilidad objetiva contractual.

De esa comprensión nació el derecho de daños moderno y se tomó conciencia de que en la contratación libre del trabajo humano, el principio de indemnidad del trabajador, responde a una garantía de seguridad de tipo objetivo que no tiene por factor atributivo de la responsabilidad la culpa o el dolo del empleador dañante por generar citaciones de riesgo. Por ende las presunciones de culpa no juegan en este orden de valores.

La responsabilidad contractual objetiva por riesgo, es reconocida en paralelo por el derecho laboral, el civil, en el comercial, en el marítimo y en el aeronáutico. Legalmente es una responsabilidad impuesta por los arts. 1, apartado 2, inciso b), 6 y 39, de la ley 24.557, que hereda, reconoce, revitaliza e impone en el plano laboral, al art. 76 de la Ley de Contrato de Trabajo 20.744 (t.o. dto.390/76) y que en el plano civil, para todos los contratos y la locación de servicios en particular, tienen correlato en los arts. 1198, 1731, 1870 inc. 4, 1953, 1954 y 2224, del Código Civil.

En el Código de Comercio queda expresada en el art. 1010, para los trabajadores del mar y habiéndosela reconocido

para los dependientes de los comerciantes en el art. 156 de la versión inicial de ese cuerpo normativo, supervivió a la reforma de la ley 11.729 que data de 1934, en el art. 155 inciso 5º. Esta prescripción se constituyó en el obligado antecedente del art. 83 de la Ley 20.744 (hoy art. 76 del y t.o. del dto. 390/76), puesto que norma derogó la ley 11.729, pero no para dejar sin efecto los derechos protectorios de los trabajadores reconocidos en las leyes anteriores.

Desde el análisis estrictamente normativo del derecho positivo que fue rigiendo receptando la forma de responsabilidad contractual objetiva por riesgo en la apropiación del trabajo, la zaga pasa por el art. 156 del Código de Comercio que tuvo este texto, "Si en el servicio que presta al principal, aconteciere al factor o dependiente algún daño o pérdida extraordinaria, será a cargo del principal la indemnización del referido daño o pérdida, a juicio de arbitradores".

En 1934, la ley 11.729 reformuló la disposición en el art. 155, párrafo 5º: "El derecho a la retribución en los casos de accidentes o enfermedades incurables, no excluye el que tiene el empleado a la indemnización por los daños o pérdidas que sufra durante el servicio que presta al principal, y que estará a cargo de éste". [12]

Es esa matriz de donde proviene el actual art. 76 del t.o. del dto. 390/76, de la Ley de Contrato de trabajo 20.744, que mantuvo sin modificar el que fuera el artículo 83 del cuerpo legal primitivo: "Reintegro de gastos y resarcimiento de daños.- 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."

Esta fórmula de responsabilidad contractual laboral objetiva es heredera del tratamiento que daba el derecho romano a los contratos de trabajo y locación de servicios. El tránsito entre los conceptos daño o pérdida en servicio, con el de “daño por el hecho en ocasión del trabajo”, refleja las variaciones de la doctrina en la conceptualización de la responsabilidad contractual objetiva por riesgo, antes 1934 (año de la ley 11.729) y 1974 (año de sanción de la Ley 20.744).

Nunca el legislador se atrevió a derogar esas disposiciones expresamente y so pretexto de proteger a los trabajadores, ya que la doctrina y la Corte se habían encargado de resaltar esa fuente de derecho como suficiente para proteger los principales bienes con que cuenta el asalariado, que son su salud y vida. Fue la jurisprudencia del país la que se encargó de vaciar inconstitucionalmente de imperio, a ese derecho vigente, pero no respetado.

Como responsabilidad contractual objetiva, responde a idénticas formas atributivas de responsabilidades, como las reconocidas en otros contratos. El ejemplo más claro es el del art. 184 del Código de Comercio que regula al contrato de transporte a partir del principio de indemnidad de las personas y bienes transportados. [13]

En el juicio de daños laborales, pueden y deben discutirse formas de responsabilidad no contractual laboral, pero sólo debe llevarse a cabo esto, si previamente se definió el paso anterior, en función de respetar el derecho de las víctimas de acceder a las prestaciones de la seguridad social y en directa relación y coordinación con los reparativos de los daños, contra los terceros que son ajenos a ella y fueron causantes del daño.

En esto, lo instrumental (procesal) está condicionado por la materia de fondo. Debe servir a ella y no desvirtuarla.

El control de constitucionalidad que se haga de las prescripciones de la Ley 26.773, está signado por la naturaleza de la misma. Se trató de un remiendo más a un régimen imperfecto, en materia de derechos de daños y en materia del derecho de la seguridad social. En definitiva se trata más de lo mismo, agravando vicios ya probados.

La hora impone, a raíz de la reforma, volver a desentrañar la naturaleza de las acciones por riesgo. Tanto las que consagra la Ley de Contrato del Trabajo 20.744, como la Ley de Riesgos del Trabajo 24.557 reformada por la Ley 26.773.

Y después de ello si se encuentran lagunas dentro del derecho del trabajo, incursionar en el derecho común (civil y comercial), como fuente subsidiaria y en la medida que no contradice los principios generales de la materia, teniendo en tal sentido en cuenta particularmente el de indemnidad del trabajador (art. 19 de la Constitución Nacional), el protectorio y el de progresividad (art. 14 bis de la Constitución Nacional), el de razonabilidad de la ley (art. 28 de la Constitución Nacional) y el que prohíbe el trato discriminatorio (art. 43 de la Constitución Nacional).

Esto se hace necesario para no desarmar la sistematicidad armónica de la teoría general de la responsabilidad, en función de la doctrina del riesgo profesional y la garantía de la seguridad en los contratos.

La garantía de seguridad en el contrato de trabajo, responde a un sinalagma en el que la prestación de reparación de la indemnidad afectada, está asegurada.

Lo cierto es que demandas y sentencias en correlato, por lo general, saltean este tema insoslayable y definen los litigios con indiferencia del mismo. Esas falencias compiten en violar el debido proceso judicial, en la medida en que el mismo responde al requerimiento de la víctima de la reparación del daño.

En el estado actual de cosas y por sobre el aquelarre de la interpretación jurisprudencial que se hace del derecho positivo vigente, el juicio recobra sentido nutriéndose en el cumplimiento del principio *iura curia novit*, que responde a la garantía del debido proceso judicial.

Esto sucede en especial, cuando la demanda en que se reclama la reparación, no se planteó expresamente en la responsabilidad contractual laboral y también cuando previsoramente fue planteada, pero no se la trató violando el derecho de defensa y se discursó largamente sobre la responsabilidad extracontractual u objetiva no laboral.

En esos casos la sentencia debe expedirse sobre formas residuales de ilicitud que acompañan a la conducta del dañante, pero sin perjuicio de también definir la cuestión en lo que hace a la responsabilidad contractual laboral, en que la cuestión del obrar culposo es irrelevante para alcanzar la reparación atinente a la seguridad social.

En la revisión crítica de la jurisprudencia, (desde los fallos liminares de Ernesto Quesada), se ha perdido en la bruma del tiempo, la razón de ser del responder por el daño sufrido en ocasión o con motivo del contrato que obliga al dañante y por eso pasa a cobrar una importancia que no merecen, las llamadas acciones de los arts. 1109 y 1113 del Código Civil. Los que en el derecho del trabajo encuentran fundamento en el art. 76 de la L.C.T. y en la Ley de Seguridad Higiene 19.587.

En los fallos que a esas normas del derecho civil se acude, se trata de hacer méritos progresistas, señalando que el trabajador como cualquier ciudadano debe de estar protegido por el daño llevado a cabo con culpa, dolo o por medio de cosas riesgosas o el obrar de dependientes por los que se debe responder. Lo que no se observa en los mismos, es el debido tratamiento de una forma de responsabilidad superior, más intensa, inteligente, generosa y razonable y de pura raigambre laboral. Se trata de un progresismo de dudosa laya, que cabalga sobre la desactivación de la responsabilidad contractual laboral objetiva por riesgo, desactivándola a mérito del precio vil de la salud y vida de los trabajadores.

Afortunadamente, la Corte viene enderezando sus rumbos para encontrar viejos y honrosos senderos, pasando del objetivismo civil de las cosas y los dependientes, al objetivismo laboral de la actividad riesgosa en ocasión del contrato.

Esto fue notorio en “Costa, Josefa María c. Hilandería Algodonera Villa Devoto S.A.”[14], el mismo Tribunal sostuvo que las cosas inertes, con cuyo laboreo se producen lesiones columnarias por microtraumatismos causados por el esfuerzo, determinan la aplicación del art. 1113 del Código Civil, en el marco de una nueva interpretación de la norma civil cuando se la aplica en el ámbito de las relaciones laborales.

Se vislumbró mejor, cuando cautelosamente mantuvo en la década del 90, la posibilidad del reclamo fundado mediante una vía autónoma laboral, a partir de la responsabilidad contractual, mandado revocar una sentencia que no se había expedido sobre el tema en el caso “Jaimes”. [15]

Y se hace más notorio en el fallo “Lucca de Hoz”[16], del año 2010, en el que se volvió a resolver, como se lo hiciera en 1916 en “Monreal de Lara de Hurtado” en 1916, un infortunio

de trabajo atribuyendo la carga de la reparación plena, a la empleadora, sin que se tenga por probada la culpa del dañante o se hubiese aplicado el art. 1113 del Código Civil. Es decir en función de la responsabilidad contractual objetiva, generadora de una obligación de resultado en juicio de valor, en función de la actividad riesgosa.

Largo tiempo transcurrió para que se pudiera volver al mismo punto de partida. Mientras tanto, innumerables víctimas quedaron sin reparación o se tuvieron que conformar con reparaciones miserables.

El cuestionamiento de la tarifa como techo miserable, trabajosamente se superó en la jurisprudencia dominante

Las sentencias “Castro c. Dycasa S.A.”[17] y “Yaman”[18], de la S.C.J.B.A. y “Aquino “[19] y “Diaz c. Vaspia”, de la C.S.J.N., otorgan a la reparación de los infortunios, tras el reconocimiento de la mecánica legal de la L.R.T. 24.557, una vez declarada la inconstitucionalidad del art. 39, apartado 1º, (hoy derogado por la ley 26.773) y en lo resolutivo, se dispone el pleno reconocimiento de una obligación legal, operativa del principio constitucional “alterum non laedere”, (art. 19 de la C.N.).

Pero en esos importantes y justos fallos, sólo se llega a la reparación plena sin reconocer expresamente la responsabilidad contractual objetiva y se lo hace en función de acciones comunes propias de la responsabilidad subjetiva o de la responsabilidad objetiva extracontractual.

Se admite el riesgo creado sólo como un injerto civil en relación a un vínculo dañoso que está signado por el contrato laboral.

Ese renacer de la acción civil es artificial e innecesario, por que el derecho laboral cuenta con normas suficientes, tanto o más operativas del principio constitucional “alterum non laedere”.

Suponer que en el juicio de infortunio laboral, además de probar la existencia del contrato y que el daño del trabajador sucedió en ocasión o con motivo del mismo, debe probarse la conducta culposa del empleador, o la responsabilidad objetiva en función de cosas o personas por las que debe responder, implica una burla del principio de indemnidad del trabajador.

Reducir el ámbito de aplicación material del contrato en relación a sus efectivas prestaciones, e imponer condiciones de atribución de responsabilidad ajenas al mismo y su sistemática un anacrónico complejo de civilistas reaccionarios, a los que León Duguit castigara ya en 1911, en curso de antología que dictara en la Facultad de Derecho de Buenos Aires, cuyas clases compiló en su libro conocido como “Las transformaciones del derecho privado”, obra publicada a su regreso a Burdeos, que sacudiera las conciencias anquilosadas europeas, anunciando el advenimiento del derecho social.[20]

Terminar juzgando no solo por lo sucedido en ocasión o con motivo de las prestaciones, sino hacerlo en función de la atribución de responsabilidad objetiva por responsabilidad objetiva propia del art. 1113 del C.C. , implica una “capitis diminutio” de juristas que no se atreven a reivindicar la vigencia de las normas específicas de la responsabilidad contractual por riesgo laboral. Una mansa aceptación del jurista, que acepta no ser capaz de calibrar la tarifa en relación a su correcto sentido tuitivo. Constituyéndola en un techo irrazonable para un juicio de valor referido a derechos humanos, que los asalariados no lo pueden superar, por su condición de tales.

Cuando en votos como los de los doctores Fayth y Petracchi, en el fallo “Silva” se incursiona en caracterizar al deber de protección o de previsión, resaltando que el mismo se relaciona con conductas culposas, se da lugar a la sospecha de que se está vaciando al deber de seguridad, previsión o prevención, de su virtualidad jurídica más intensa en relación a la protección de las víctimas y que consiste en reconocer que ese deber existe, aún para las conductas lícitas de los empleadores inherentes al contrato.[21]

Mantenerse en la bruma de no distinguir entre la garantía de seguridad en el contrato de trabajo que asegura la indemnidad al trabajador, en función de relacionarla con los deberes del empleador de no obrar culposamente o cometer conductas propias de ilícitos laborales previamente establecidos en normas de la seguridad e higiene del trabajo, es dejar sin sentido lo que era doctrina de la misma Corte desde 1916 en un manifiesto retroceso.

Pero el verdadero peligro estaba, no en expedirse sobre el obrar culposo o alcanzado por regímenes de responsabilidad objetiva extracontractual en la sentencias, sino en hacerlo sin expedirse debidamente sobre la responsabilidad contractual objetiva, procesándola en amparo de la víctima.

La mayor parte de la jurisprudencia del país, recorre ese camino tortuoso e inútil, para llegar a un resultado que el derecho positivo vigente impone, sin necesidad de extravíos.

Las llamadas acciones comunes basadas en la extracontractualidad, por culpa o riesgo de las cosas o los personas dependientes, están subsumidas en la responsabilidad contractual propia del deber de seguridad o prevención o previsión, puesto que éstas últimas, son conductas que suceden en ocasión o por motivo de las

prestaciones laborales de la víctima. Basta la forma amplia que ofrece la contractualidad laboral, para atribuir la reparación integral del daño en forma razonable.

Por eso es que el hecho indemnizable, siempre constituye parte de las prestaciones del contrato cumplidas y de esos hechos surge una acción suficiente para la reparación razonable de todo el daño acaecido, (por lucro cesante, daño emergente o daño moral), sin que el juego de opciones excluyentes artificialmente construidas y contrarias al principio “alterum non laedere”, puedan relativizar esa autonomía.

La regresiva reforma de la ley 26.773, procuró a todo trance cabalgar sobre el artilugio de la opción excluyente, para revitalizar una opción innecesaria si se lee el art. 76 de la Ley de Contrato de Trabajo, y se tiene en cuenta sus antecedentes históricos.

Es esa norma operativa, que vigente, sirve para superar la irrazonabilidad de la tarifa en función de las reparaciones plenas que la reforma obstaculiza.

CONCLUSIÓN.

La sentencia que resuelve en materia de la responsabilidad en los infortunios laborales, no puede eludir la cuestión de la naturaleza contractual y el deber de resultado de la acción que se desprende en el sistema de la Ley 24.557 aun con la reforma del la ley 26773 y aunque indague agotando el proceso, y también se apoye en formas de responsabilidad ajenas a este sistema, siempre ellas tendrán lugar en cuanto a hechos acaecidos en ocasión y con motivo del trabajo, con las consecuencias de que la víctima conserva plenos los derechos básicos de este sistema de costos externalizados de la

empresa, que en definitiva son retransmitidos a la sociedad íntegra en el precio de servicios y mercaderías.

Cuando la jurisprudencia, entra a discurrir sobre la razón de ser de la atribución de responsabilidad en función de la extracontractualidad o el objetivismo no laboral, sin haber definido previamente que en el mismo caso también se debe responder dentro del sistema de la ley de riesgos y hasta alcanzar una reparación integral razonable del daño, simplemente está debatiendo anacrónicamente, con referencia a un derecho positivo no vigente y en función de caprichosas y arbitrarias posiciones asumidas en el pasado.

En el juicio de daños laborales, pueden y deben discutirse formas de responsabilidad no contractual laboral, pero sólo debe llevarse a cabo esto, si previamente se definió el paso anterior, en función de la integridad de los derechos reparativos de los daños de la víctima, en lo que concierne a la seguridad social, sin condicionamiento válido constitucional de renunciaciones presumidas por la ley..

El control de constitucionalidad que se haga de las prescripciones de la Ley 26.773, está signado por la naturaleza de la misma. Se trató de un remiendo más a un régimen imperfecto, en materia de derechos de daños y en materia del derecho de la seguridad social. En definitiva se trata más de lo mismo, agravando vicios ya probados.

Los aumentos tarifarios producidos, están determinados por el control constitucional ejercido en tantas oportunidades tachando a sus valores por irrazonables. Pero la mejora no alcanza a purgar los vicios de inconstitucionalidad que el sistema mantiene. La opción excluyente con renuncia, agrava la cuestión por vía de dar un trato discriminatorio al asalariado,

obstaculizando su acceso al debido proceso sustantivo, ante el juez natural y debidamente especializado en la materia.

[1] Ver del autor de este trabajo: "Derecho de Daños Laborales. Las acciones comunes en los infortunios del trabajo." Editorial Némesis. Buenos Aires, 1992. 301 páginas. Con prólogo del doctor Juan Carlos Fernández Madrid; "La responsabilidad". Obra colectiva en homenaje del doctor Isidoro H. Goldenberg. Capítulo "El artículo 1113 del Código Civil y los infortunios laborales. La vigencia de la doctrina del riesgo". Abeledo Perrot. 1995; "Control de constitucionalidad de la Ley de Riesgos del trabajo 24.557". Editorial Joaquín Fernández Madrid. Buenos Aires. 1997. 353 págs.; "El control de constitucionalidad de la ley sobre riesgos del trabajo 24.557". Derecho del Trabajo, enero de 1997, pag. 237; "La renta mensual de la ley 24.557 de riesgos del trabajo y la posible opción de pago único", en revista Doctrina Laboral, Errepar, Buenos Aires, junio de 1998, año XIII, n° 154, tomo XII, pág. 572; "Correcciones por inconstitucionalidades del tarifarismo y el principio de progresividad, en diario La Ley, miércoles 20 de octubre de 2004, año LXVIII, n° 202, pág. 1. También en el Suplemento La Ley de la Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, oct-nov 2004, n° 38, pág. 11. Reproducido también en Gacetilla del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, "Últimos fallos de la Corte Suprema Nacional en materia laboral", La Plata, diciembre de 2004. "La obligación contractual de resultado en la Ley de Riesgos 24.557", publicado en la Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social, Lexis Nexis, octubre del 2008, pa'g 1963 y ss.

[2] El diario Clarín del 19 de agosto del 2013, en primera página titula una nota al respecto: “Pagar la deuda a jubilados tardaría menos de 23 años” y resume que los juicios por reajuste de haberes son más de 600.000 y la decisión de pagar 25.000 de ellos en el presupuesto de este año, revela la crisis existente y la suerte que corre la jurisprudencia que hace lugar a esas demandas.

[3] El jurista alemán había fallecido en 1864.

[4] La ley de junio de 1883 establecía el Seguro de Enfermedad obligatorio para obreros industriales que incluía atención médica y farmacia. La gestión del seguro correspondía a un organismo autónomo con control estatal. La ley de 1884 sobre Accidentes del Trabajo con el fin de cubrir la invalidez permanente, obligaba a los empleadores a hacer aportes para ese seguro. La ley de 1889 sobre Jubilación (riesgo en razón de la edad), hacía obligatorio este seguro, financiado con cuotas obrera y patronal mas subvención por parte del Estado.

[5] El pensamiento de Lassalle fue duramente combatido en “La crítica del Programa de Gotha”, por Karl Marx.

[6] Los vínculos entre la burocracia sindical, las aseguradoras de riesgos del trabajo, las obras sociales y la medicina privada se hacen cada vez más evidentes, en el marco de un proceso de alta concentración de capitales.

[7] Ernesto Quesada, fue veinte años juez civil y sus sentencias en “Lenardón c. Del Piano y Lucas” de 1903 y “Oliveira c. Madeira y Othade” (1905), son citadas por Juan D. Pozzo, Juan Bialeto Massé , Alfredo Palacios y Mariano R. Tissembaum, en quienes el lector encontrará el respeto que se merece ese magistrado, que creó la cátedra de Sociología en

la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad Nacional de Buenos Aires, dictó la de Política Económica en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de La Plata, y es considerado uno de los iniciadores de la escuela histórica de revisionismo federal.

[8] Su “Tratado de la Responsabilidad Civil bajo el punto de vista de los accidentes del trabajo”, editado por su cuenta en 1904, nunca fue reeditado y es prácticamente imposible de encontrar en las bibliotecas.

[9] La Corte dictó sentencia en esa causa, juzgando el caso de una muerte sucedida en 1912 e hizo lugar a la reparación integral del daño, sin aplicar la ley 9688, por haber sido sancionada con posterioridad al hecho accidental, a mérito de la responsabilidad contractual y sin atribuir culpa al Estado demandado y condenado con aplicación del principio *iura curia novit*, ya que el letrado de la actora había argumentado como fundamento de la demanda, la culpa extracontractual. Ver Fallos: C.S.J.N. T 124, p. 329.

[10] La C.N.A.T., en autos “Cuculice, Pedro c. Cía. Sansinena S.A., el 9 de septiembre de 1949, sentó la doctrina plenaria: “La acción del apart. 5 del art. 155 del Cód. de Comercio, en cuanto alude a la indemnización por los daños o pérdidas que sufra durante el servicio que presta al principal, no se refiere a los daños que los trabajadores puedan sufrir en su salud o capacidad laborativa, sino a los daños de orden patrimonial”. Publicado en La Ley 56-245 y Derecho del Trabajo 1949-573. La doctrina adoptada, que afirmaba la hegemonía del tarifarismo, haciendo del derecho del trabajo una rama extraña a la esencia de los derechos humanos y sociales que lo inspiraba, paradójicamente enfrentaba la doctrina predominante en las Salas de la Cámara Nacional de

Comercio y varias Cámaras Federales del interior del país, entre ellas la de Rosario.

[11] Toma claras posiciones a favor de la responsabilidad contractual objetiva por riesgo propia del deber de seguridad y como fuente de una obligación de resultado, la que se conoce como la escuela de derecho trabajo platense, fundada por Leónidas Anastasi, quien influyera en esa concepción del derecho de daños laborales, integrada entre otros juristas en la actualidad por Angel E. Gatti, Moisés Meik, David Duarte, Néstor Rodríguez Brunengo, Juan J. Orsini, Eduardo Curutchet, el autor de este trabajo y Juan J Formaro. Ver de ese autor su valiosa obra “Riesgos del Trabajo. Leyes 24.55 y 26.773. Acción especial y acción común. Inconstitucionalidad e inaplicabilidad de la opción excluyente” Hammurabi, Buenos Aires, 2013. Cercano a estas posiciones se ha manifestado Juan Carlos Fernández Madrid, quien en sus artículos en Doctrina Laboral, fundó la responsabilidad contractual por riesgo en los arts. 62 y 63 de la Ley Contrato de Trabajo, tomando clara posición en torno a las inconstitucionalidades de la leyes 24.557 y 26.773, que se desprenden de esa circunstancia en relación con el derecho constitucional de no dañar. Ver su artículo “La tarifa de la ley 26.773, interpretación de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y los Tratados de derechos humanos”, en Doctrina Laboral, Errepar, junio del 2003, No. 334, p. 1583 y ss.

[12] Esa disposición fue derogada en 1974, por Ley de Contrato de Trabajo 20.744 que reformuló en el actual art. 76 de su t.o. del dto. 390/76:

[13] La C.S.J.N. resaltó en relación al deber de seguridad en el contrato de transportes (art. 184 del Código de Comercio), la naturaleza de la obligación de seguridad en esa especie y el

trato especial en ese tipo de contrato que merecen los consumidores y usuarios a mérito de la Constitución. En autos “Ledesma, María Leonor c. Metrovías S.A.”, el 22 de abril del 2008, la Corte revocó una sentencia de la Sala E de la Cámara Nacional en lo Civil, declarando arbitrario el fallo de inferior en estos términos: “La obligación de seguridad en este caso es, como lo señala la propia decisión en recurso, objetiva, de modo que las eximentes sólo pueden referirse a la ruptura del nexo causal. El hecho de la víctima, consistente en poner el pie en el hueco del andén, es un acto que no tiene aptitud alguna para configurarse en una eximición de responsabilidad....” . .. “..7°) Que los usuarios y consumidores son sujetos particularmente vulnerables a los que el constituyente decidió proteger de modo especial, y por lo tanto no corresponde exigirles la diligencia de quien celebra un contrato comercial...”. El fallo es de invocación analógica en materia de derecho laboral, tanto por la responsabilidad contractual de tipo objetivo que consagrando al deber de indemnidad del trabajador se desprende del contrato de trabajo, como por ser la víctima, también un sujeto de especial protección por de la Constitución, en su art. 14 bis. Debe además advertirse que los trabajadores asalariados se constituyen en la principal categoría de consumidores de bienes y servicios para cumplir con su débito laboral.

[14] Ver CSJN, 5 de septiembre del 2985, en Carpetas DT, 2430 y también Luis A. Rodríguez Saiach, en Un giro en la jurisprudencia de la Corte Suprema. Riesgo de actividad, enfermedades, artículo 1113 Cód.,. Civil. El deber de seguridad, en Carpetas DT, revista de diciembre de 1985, p. 19.

[15] Ver del autor: La garantía de seguridad en el contrato de trabajo y su acción autónoma laboral de reparación de daños. A propósito del caso “Jaimes”, en revista Doctrina Laboral

Errepar, Buenos Aires, septiembre de 1997, año XIII, n° 145, tomo XI, pág. 885. - El principio de indemnidad del trabajador y la obligación de prevención y seguridad del empleador, en revista Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 8 de septiembre de 1993, n° 5845, pág. 18.

[16] Ver: C.S.J.N., “Lucca de Hoz, Mirta Liliana c. Taddei, Eduardo y otro s. accidente-acción civil”, 17 de agosto del 2010, L. 515. XLIII. Remitimos al comentario del autor de ese fallo publicado en La Ley, Año 6, Nro. 1379 - Martes 28 de Septiembre de 2010, Doctrina y jurisprudencia publicadas en el diario La Ley. Servicio exclusivo para los suscriptores de Revista Jurídica Argentina La Ley, titulado “La vigencia del derecho de daños laborales. Un fallo que pone de relieve la innecesariedad de la acción civil a mérito de la acción laboral”.

[17] Ver: S.C.J.B.A., 22 de octubre del 2003, “Castro, Héctor Jesús c. Dycasa S.A. y otros”, en La Ley Buenos Aires 2004, p. 56 y ss.

[18] Ver: S.C.J.B.A., 11 de mayo del 2005, autos “Yaman, Gabriel c. Du Pont Argentina S.A.”, comentada por el autor de este trabajo con el título “La tímida e inicial invocación del principio de progresividad en un fallo de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, en que se declara la inconstitucionalidad de la ley 24.557”, en La Ley Buenos Aires, 2005, p. 497 y ss.

[19] Ver: C.S.J.N. “Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales S.A.”, fallo del 21 de septiembre del 2004, en suplemento especial de La Ley del 27 de septiembre del 2004 y la nota del autor de este trabajo, titulada “Correcciones por inconstitucionalidades del tarifarismo y el principio de progresividad”, publicada en La Ley del 20 de octubre del 2004.

[20] Ver: León Duguit, “Las transformaciones generales del Derecho Privado desde el Código Napoleón”, traducido por Carlos G. Posada, Madrid, Librería Española y Extranjera. La obra integra una trilogía con “La transformación del Estado” y “Las transformaciones del derecho público”.

[21] Sostuvieron en ese fallo esos magistrados: “En un análogo orden de ideas, también para mediados del siglo pasado había asentado plaza el llamado deber de protección o de previsión (relativo a la persona del empleado), de carácter fundamental, autónomo y sustantivo, cuyo beneficiario es el trabajador y cuyo principal deudor es la empresa, que, apoyado en el principio de protección, además de en razones de orden político-sociológico y político-económico, se desarrolla, al menos, a través de (i) la organización racional del trabajo, (ii) la higiene industrial, (iii) la prevención de accidentes y (iv) la reparación de siniestros e incapacidades (v. Krotoschin, Ernesto, Tratado Práctico de Derecho del Trabajo, Buenos Aires, R. Depalma, 1955, vol. I, p. 303 y sgtes., y Pérez Botija, Eugenio, Curso de Derecho del Trabajo, Madrid, Tecnos, 1948, ps. 185/187 y 233/234, y sus referencias al derecho alemán, italiano, suizo y colombiano, entre otros). Incluso los antecedentes de la Corte registran una manifestación temprana de este deber, en la sentencia del 7 de abril de 1949, Santos Sánchez Redondo c. Nación Argentina, al confirmar la condena indemnizatoria, por la enfermedad contraída por el empleado, del "propietario de un hospital, que no ha dotado a éste de los elementos necesarios para la protección de su personal" (Fallos: 213: 329).”

III.EL VINCULO DE CAUSALIDAD EN LAS ENFERMEDADES NO LISTADAS DE LA LEY 24.557.

Diario La Ley, Año 9, No.1998, jueves 21 de marzo del 2013.

1.- LA COMPLEJIDAD DEL DERECHO DE DAÑOS LABORALES.

El fallo de la Sala VIIa. de la Cámara Nacional de Apelaciones del trabajo, dictado el 12 días de noviembre de 2012, en los autos "R., L. A. C/ H.S.B.C. Bank Argentina S.A. S/ Despido", que este medio publica, aborda y resuelve temas de avanzada del derecho de daños laborales.

Son temas que ponen a prueba la riqueza de una disciplina que apoyándose en la teoría general de la responsabilidad, la ponen a prueba y contribuyen a su enriquecimiento.

Resaltamos entre esos temas:

- a) Las enfermedades en cuanto infortunios de trabajo, en relación con el estrés laboral.
- b) El control de constitucionalidad del sistema de riesgos del trabajo en relación con el derecho de daños.
- c) La aplicación inmediata de la ley laboral o de la seguridad social más benigno a las situaciones in fieri y las causas en trámite.
- d) La causalidad laboral y su vínculo.
- e) Las acciones reparatorias de daño en relación con el principio general de derecho iura curia novit.

f) La remuneración como base de cálculo para las reparaciones en relación con los bonus o premios anuales o extraordinarios.

En un terreno tan fértil, como escabroso, suelen los magistrados no atreverse a arriesgar y encuentran muchas veces excusas para no decidir, siguiendo el consejo que prescribe, “ante la duda abstente”. Este, para mérito de sus jueces, no ha sido el caso.

Razones de espacio editorial, hacen que de tantos temas desafiantes, sólo podamos abordar algunos y atento a los mecanismos legales de censura vigentes, nos vemos obligados a elegir al tema de las enfermedades que el trabajo causa, concausa o agrava y no están admitidas en el listado de las llamadas enfermedades profesionales.

El tema queda relacionado con la posición adoptada por los más altos Tribunales de justicia del país, en torno al control de constitucionalidad del art. 6 de la Ley 24.557, debatiendo la cuestión desde el año 1996.

La Corte Suprema de Justicia de La Nación[2] y la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires[3], confirmaron la tendencia mayoritaria de la jurisprudencia de los jueces de grado y la de otros altos tribunales provinciales y establecieron un marco referencial, para el tratamiento de esa norma controlada, en torno a diversas cuestiones que se interrelacionan entre sí. Especialmente en cuanto a la problemática del tratamiento a dar a las enfermedades que no forman parte de las llamadas “profesionales”, pero que probadas en debidos procesos judiciales, que han sido causadas, agravadas o concausadas por el trabajo, en cuanto dan motivo a acciones tarifadas o de reparación plena, dirigidas contra el empleador, sus

aseguradoras de riesgos del trabajo o el sistema de seguridad social y sus propias prestaciones.

Declarado inconstitucional el art. 6 de la Ley 24.557 y sus reglamentaciones, en cuanto el mismo impide el reclamo de la reparación de los daños producidos en ocasión de trabajo, quedaron categorizadas dos clases de enfermedades que determinan la reparación de los daños vinculados con la actividad laboral.

a) Las enfermedades que han sido declaradas tales por la autoridad administrativa, relacionando causalmente cada profesión u oficio en general, con determinadas dolencias.

b) Las que no contando con la declaración administrativa previa que simplifica por vía presuncional la prueba de la causalidad, procuran superar las exigencias de esa prueba en un procedimiento individual, administrativo o judicial, en el que se demuestre la existencia de la causa que vincula un trabajo, profesión u oficio determinado, con una afección padecida reconocida como el resultado natural de la exposición potencial al riesgo creado por ese tipo de actividad.

El decisorio de marras que comentamos, refiere a un caso de segundo grupo y aborda el tema de la causalidad eficiente, entre el trabajo y el síndrome de "burn-out" o de desgaste profesional al que se sostiene se lo puede definir como "el estado de agotamiento mental, físico y emocional, producido por involucrarse crónicamente en el trabajo en situaciones emocionalmente demandantes, citando el magistrado, a Pines, A. M.; Aronson E., "Career burn-out: causes and cures", Free Press, New York) y destacando que es uno de los factores desencadenantes la sobrecarga de trabajo y una ocupación poco estimulante; esto es, una persona sometida a altos niveles de estrés puede desarrollar el síndrome mencionado.

2.- HACIA DONDE PUEDE ORIENTARSE LA JURISPRUDENCIA.

La sanción de la reforma de la Ley de Riesgo del Trabajo 24.557, por la Ley 26.773, se produjo pocos días antes del fallo en cuestión y la sentencia está resuelta en los términos del derecho positivo vigente antes de esa reforma. Pero se nos ocurre que el decisorio y este comentario facilita sugestivos indicios para orientar la futura jurisprudencia, en este espinoso tema. Un tema eludido por el legislador en esta oportunidad, con el fin de mantener un estado de cosas inseguro y determinante de una litigiosidad necesaria.

Una litigiosidad que tiene por causa real, la censura propia del artilugio del numerus clausus, que sólo cae a mérito de la inconstitucionalidad de los preceptos que lo consagran.[4]

Desde la sanción de la Ley 24.557 en el año 1995, sus ideólogos y propiciadores, han tenido por valor supuestamente indubitable, luchar contra esa litigiosidad que es el último refugio de las víctimas. Propiciaron mediante la ley y procedimientos burocráticos, una industria del no juicio, lo que paradójicamente tiene por efecto poner al servicio público de justicia, en situación de trabajar, para impedir que pueda estar al servicio de causas que atañen a derechos humanos fundamentales.

Esta línea de pensamiento económico, propiciadora de un derecho instrumental, que le sirva se expone así: "Cualquiera sea la opción que se tome en cuanto al tipo de organización, internalización o socialización, necesariamente se debe encarar una profunda revisión de la definición de las contingencias cubiertas y de los mecanismos a través de los cuales el trabajador canaliza su reclamo. La laxitud prevaleciente en la actualidad, al punto de que producido el

distracto es casi habitual una demanda por incapacidad con sentencia favorable por un abultado monto que en gran parte es percibido por los profesionales actuantes, es absolutamente inviable." Y también: "Mas preocupante es el panorama si se toma conciencia de una alta proporción de la enorme masa de recursos que moviliza el sistema se destina a actividades socialmente improductivas relacionadas con la "industria del litigio..... Paralelamente, mientras se permiten esos derroches, es alarmante la subinversión en materia de prevención." [5]

3.- LA LEY 24.557 Y SU CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.

En el segundo apartado del art. 6o., de la LRT 24.557, se procede a desvincular en el caso de las enfermedades (a la que ahora llama "profesionales"), de la vinculación causal con la ocasión concurrente que produce el daño, a mérito de un listado que prejuzga con ignorancia de los casos en particular.

Listado insuficiente éste, ya que la causación implícita y juzgada, en el conceptuar "en ocasión", no es la razón de ser de su dictado (como sucede en el accidente), de lo que se cuidó el legislador de 1995 y el de la reformas y parches posteriores, contra todo lo que indicaba el debate ya cumplido en la jurisprudencia y doctrina nacional desde muchos años antes.

Listado insuficiente, además, por cuanto para la confección del mismo, la concurrencia a mérito de la ocasión, no es la razón de ser del eximir responsabilidades.

Quienes trataron de justificar la reforma producida a mérito de esa ideología que la impulsara, señalan que listados similares cuentan en la actualidad países como Francia y han sido reconocidos y promovidos por la O.I.T., pero hay en ello un

enfoque parcializado e irrazonable del instituto, ya que el verdadero problema no se encuentra en la existencia de los listados. Ellos siempre serán útiles para ir circunscribiendo la prueba de la causalidad laboral de determinados infortunios. El verdadero problema a dilucidar es el sentido que tiene que tener el listado. En definitiva si ha mérito de la misma por medio del listado que tiene por objeto proteger a los enfermos, se puede circunscribir los infortunios a un número clausus, de casos, dejando a otros enfermos sufrientes causados por el trabajo, son protecciones.

Indica el sentido común que ley no puede adjudicarse la función de impedir el procesamiento de los infortunios que no fueron tipificados previamente por la administración. Vedar el acceso en cada caso particular a la prueba de la causalidad laboral, ignora un principio primario de la medicina: No hay enfermedades, sino enfermos. Traído esto desde la medicina al saber jurídico en cuanto a prestaciones de salud y reparación de daños se refiere, debería sostenerse que no hay enfermedades profesionales o de otro tipo, sino trabajadores enfermos que merezcan cura y protección.

O si se quiere también, la realidad no puede quedar oculta mucho tiempo, desvirtuada por la norma o la jurisprudencia.

La O.I.T. que empezó por reconocer sólo tres enfermedades profesionales, para 1925, reconocía quince y para 1980, había alcanzado a reconocer 29 grupos de enfermedades.

Pero lejos está ese organismo internacional en circunscribir el tema del riesgo profesional a las enfermedades listadas.

Por otra parte, como destacan Alfredo H. Conte Grand y Carlos A. Rodríguez, desde la seguridad social y la medicina del trabajo respectivamente, , la Organización Mundial de la Salud

distingue a las enfermedades profesionales de las enfermedades vinculadas con el trabajo. Y respecto a estas últimas expresa que “los estudios epidemiológicos han demostrado que en ciertos sectores de la población trabajadora se puede encontrar una mayor prevalencia o riesgo de enfermedades multifactoriales, como la hipertensión, trastornos del sistema locomotor, enfermedades respiratorias crónicas, úlceras gástricas y duodenales y una serie de trastornos de comportamiento.” [6]

Señalan esos autores que “El estudio de la Patología del Trabajo reconoce entonces dos tipos de patologías en el trabajador, las enfermedades profesionales y las enfermedades vinculadas con el trabajo. Hacia las dos deberían dirigirse los esfuerzos preventivos y reparadores”. [7]

Las listas sirven para simplificar las pruebas en los juicios de reparación de daños, pero es un absurdo que se las instituya para impedir los procesos.

Tampoco es razonable, como sucede a partir de la sanción del decreto 1278/2000, que los enfermos tengan que cargar con el peso de luchar contra las listas y conseguir sus cambios. Ellos no son responsables de las falencias burocráticas de la administración. Ni siquiera de los atrasos de la medicina laboral, o de la lenta captación que de ella hace el derecho.

Como bien se ha señalado, las enfermedades profesionales de por sí, no deberían dar motivo de reclamaciones de reparación, por cuanto conocidas, su producción tiene lugar por la falta de prevención. De las conductas que no tendrían que haberse producido. De gran utilidad para la inspección del trabajo y el ejercicio de la policía, en las causas individuales de reparación, sólo simplifican al juez, por vía presuncional la problemática de

la causalidad. Pero no pueden ser confundidas con la razón de ser de la causalidad.[8]

La complejidad del trabajo y la economía moderna, genera daños y enfermos de tal manera que se desafía constantemente, la presunción de conocimiento total positivizado, único y rígido de una realidad que demuestra de innumerables formas, que la producción se afirma demasiadas veces en la burla de los derechos humanos que hacen a la preservación de la salud y vida.

Y todo ello se produce por una desvirtuación de la doctrina del riesgo a causa de variar el sujeto protegido ante el mismo. Ya que el riesgo que atribuye la reparación a favor de la víctima, se transforma en el riesgo de la empresa que exime de responsabilidad al dañante, por la condición de asegurado.

Aquel que quiera, podrá encontrar el hilo conductor para reconstruir el derecho de daños laborales, entre la dispersa, caótica y rica obra de Anastasi, de quien a su muerte, en su homenaje Juan D. Ramírez Gronda escribiera: "Enmendada la ley de accidentes de trabajo, después de la sanción de la ley número 12.631, sus enseñanzas en torno a la fórmula "ocasión del trabajo" adquieren renovada juventud y vigor. es que para penetrar en los secretos del Derecho del Trabajo -"del Derecho nuevo que se hace para el pueblo, como él dijera- será absolutamente indispensable volver una y otra vez a las "notas" de Anastasi. Son las páginas dispersas de un gran libro, escritas por un sabio auténtico". [9]

4.- EL ARTILUGIO DEL NUMERUS CLAUSUS.

En este rico fallo que estamos comentando, forma parte de la interminable lista de los decisorios, que anulando el artilugio del llamado numerus clausus, colocaron a la L.R.T. 24.557 en

línea operativa de la Constitución Nacional, reinstalando el tema de las llamadas enfermedades-accidente.

El tema resuelto, tiene profundas consecuencias prácticas para los vinculados por el infortunio de trabajo (víctima y dañante), las aseguradoras y el subsistema de la seguridad social, si se lo integra al marco de las llamadas enfermedades no listadas, (entendidas por tal las que no forman parte del listado vigente de las llamadas enfermedades profesionales), y su debido procesamiento legal.

En la actualidad, la enfermedad causada por el trabajo, se constituye para el operador jurídico, en un deber pendiente, y una afrenta a la razón.

El propio legislador admitió esto, en los fundamentos del dto. 1278/2000 cuando sostuvo: “Que por otra parte ciertos reclamos formulados han tenido acogida en tribunales de diversas jurisdicciones del país, cuyas sentencias particulares han puesto en entredicho la concordancia de algunos preceptos de la ley citada con garantías constitucionales. Que entre los aspectos especialmente cuestionados, se encuentran el tratamiento dado a ciertos institutos, tal el caso del listado taxativo de enfermedades profesionales, así como el procedimiento establecido para su modificación.”

Pese a ello ni en esa oportunidad, ni en el 2012 al sancionar la ley 26.773, eludiéndose la jurisprudencia y manteniéndose la inseguridad jurídica que ello implica, al reformar nada sustancia se hizo para romper con el artilugio legal censurador del reclamo.

La información oficial que con retardo da a conocer la Superintendencia de Riegos del Trabajo, anualmente, indica que desde la sanción de la Ley 24.557, la cobertura por

prestaciones en especie y dinerarias, que el sistema ha otorgado, nunca superó el dos por ciento del total.

Cuando la medicina laboral ha indicado que las coberturas por enfermedades deberían superar a las de accidente, esa información a buen entendedor demuestra que el sistema ha servido poco y nada en materia de enfermedades, tanto listadas como no listadas.

La jurisprudencia laboral que condena a las reparaciones de esos infortunios que el sistema, como procesamiento administrativo rechaza, revela la lacra. Descubre un negocio que pasa por subsidiar a los dañantes (empleadores), con la complicidad activa de sus aseguradoras.

5.- ENFERMEDADES Y CONDICIONES DE TRABAJO.

Las pésimas condiciones en que se trabaja en el país, con desaprensión por parte de los empleadores, sus aseguradoras y la autoridad de aplicación, del riesgo creado, provocan la enfermedad que invalida y que alcanza números aterradores. Así, en la construcción y en la minería, el 65 % de las jubilaciones que se otorgan, son de edad anticipada, por causa de invalidez. Son las condiciones de trabajo cumplidas lo que genera la incapacidad que debe socorrer el sistema previsional.

La mayor parte de esas jubilaciones, responden a enfermedades causadas, concausadas o agradas por el trabajo.

El agro es otra de las incógnitas mantenidas por los grupos dominantes en el área de la salud de la población trabajadora. "Si se estudian los datos oficiales –indicaba el doctor Carlos Rodríguez, quien fuera médico laboralista, docente universitario y Director Nacional de Seguridad e Higiene en

distintos gobiernos- todos mueren víctimas de un rayo. Si bien hay regiones con descargas eléctricas, obviamente, hay otras causas de mortalidad (como envenenamiento por plaguicidas) que nunca aparecen".[10] Y pese a que en nuestros campos (se certificó en la investigación ya detallada) es común el uso de agroquímicos prohibidos en otros países, como los arsenicales, mercuriales, paraguat, estriknina y sulfato de talio.

Uno de los resultados más perniciosos que resultó de la aplicación del sistema de la LRT 24.557, quedó evidenciado en la notoria falta de otorgamiento por prestaciones dinerarias y en especie, correspondientes a enfermedades causadas por el trabajo.

La Superintendencia de Riesgos del Trabajo informó que sobre 329.000 personas siniestradas en el año 2002, los accidentes de trabajo cubrieron el 81,81 % de las prestaciones otorgadas; por reagravaciones se cubrió el 4,13 %; por accidentes "in itinere", el 12,52 %; por enfermedades profesionales sólo se otorgó el 1,54 % de las prestaciones (por hipoacusias el 1,23 % y el resto de las enfermedades alcanzó al 0,31 %).[11]

Desde entonces y pese a la década transcurrida, la situación no ha variado sustancialmente y el atraso de información estadística oficial al respecto en las de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, suena a complicidad de la autoridad de aplicación en este tema, no conociéndose medidas concretas que obligue a la Aseguradoras de Riesgos del Trabajo a otorgar las prestaciones que niegan.

La escasa información sobre las prestaciones otorgadas por enfermedades causadas por el trabajo, que emitiera la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, revela que el sistema de cobertura, tratamiento, rehabilitación y reparación de esas enfermedades, prácticamente no operó.

Lo cierto es que el sistema ha actuado como una valla infranqueable para que los trabajadores accedan a las magras reparaciones tarifadas en esa clase de infortunios.

En realidad, desde 1996, nada pudo conseguir de importancia el sistema de cobertura de esa clase de infortunios, para cambiar un estado de cosas que en esta materia era grave de por sí, antes de sancionarse la Ley 24.557.

Las enfermedades causadas por el trabajo, son en el presente las nuevas protagonistas del infortunio laboral, debiéndose ello en gran medida, a las nuevas formas de la organización del trabajo y al mejor conocimiento de las causas determinantes alcanzadas por la medicina de la incidencia de las condiciones laborales como factor causal de daños en la integridad psicofísica.

El necesario procesamiento administrativo o judicial de los reclamos que ellas generan, no refleja el problema de fondo en toda su intensidad, y las estadísticas que se dan a conocer, basadas en datos insuficientes y amañados, poco aportan para aclarar este gravísimo problema de la salud pública.

El medio laboral, a partir de las políticas imperantes a favor de la flexibilización, se tornó cada vez más agresivo para los trabajadores, y resultó esencialmente dañino.

En esta etapa, ni siquiera la precaria reactivación económica juega a favor para evitar la accidentabilidad, pese a lo que publicitan las aseguradoras de riesgos del trabajo, defendiendo su artificial rol de prestadoras de servicios de salud. En las épocas de alza de la producción, el aumento de las horas extras, en extensas jornadas, es otro factor que incrementa los infortunios. La recuperación apuntada en la industria de la construcción y la actividad agrícola, se produjo en sectores en

los que los controles de seguridad e higiene son notoriamente insuficientes.

6.- LA ENFERMEDAD Y SU VINCULO CAUSAL.

Enrique Pichón Riviere, desde la sicología social, enfocaba a la enfermedad como un fallido intento de adaptación al medio y se nos ocurre que el concepto tiene plena virtualidad cuando se lo instala en el infortunio obrero, (tanto la enfermedad causada por el trabajo -listada o no- como el accidente). [12]

El tiempo y el espacio integran la fantasía conciente del juicio de responsabilidad, que culmina con la declaración del infortunio laboral como tal, desprendiendo de esa declaración los derechos reparadores.

Esa declaración de certeza, (reconocer al infortunio laboral como tal), sólo es posible si se da por probada la causalidad laboral del daño y para ello en análisis de vínculo causal por un juez natural y especializado es determinante.[13]

Abrevamos antes en Pichón Riviere, por que en vida fue un psiquiatra argentino que profundamente analizó la cuestión de los vínculos en relación a la enfermedad y sus indagaciones médicas nos resultan significativas para el saber jurídico, en cuanto el mismo las asimila para nutrirse.

Para precisar la noción del vínculo en relación a la enfermedad, lo definió "como a una estructura compleja, que incluye un sujeto, un objeto, su mutua interrelación con proceso de comunicación y aprendizaje".

La noción del vínculo llevada al juicio de responsabilidad con su vocación de trascendencia (interacción de circuito abierto, de trayectoria en espiral y relación dialéctica) o de vocación de intromisión (interacción de circuito cerrado, con vicios de

estereotipia, circuito circular y relaciones antinómicas), nos obliga con referencia a la pluridimensión de la casualidad, (con la que no hemos comprometido) o a la dimensión lineal, (que cumpliera una etapa histórica superada de la causalidad).

En el juicio de daños por el infortunio ese vínculo tripersonal (o multipersonal) integra a dañante y dañado en situación y con el medio (los terceros en sus manifestaciones colectivas o públicas).

Ninguna ley resulta razonablemente válida si impide el juicio de responsabilidad como ruptura del aprendizaje dialéctico de la realidad, referido a la función del juez, que declara la verdad jurídica, en la disputa de las partes.

En ese sentido, el juicio de daños es el acto reparador de la quebrada indemnidad, adaptado en el tiempo y verificado en el espacio. Un tiempo irrecuperable, en el que el operador jurídico cumple la función de paliar las consecuencias de lo ya acaecido.

Un juicio que verifica el vínculo patológico, entre dañante y dañado, sin relación adaptativa activa al medio.

Como tratamiento especial de la relación de daño lleva a una valoración del conflicto no integral.

El caso que provocó este decisorio, puede parecer singular, pero en realidad se integra en una inmensa familia de casos en que se pone a prueba en el Estado de Derecho, la ardua tarea de enfrentar el agravio de los derechos humanos y sociales.

El decisorio a mérito del voto del doctor Néstor Rodríguez Brunengo, al que adhiriera la doctora Estela Milagros Ferreirós, a partir de las constancias de la causa, encontró demostrado el nexo de causalidad eficiente entre la enfermedad padecida y

el trabajo y en función de la declaración de inconstitucionalidad del art. 39 apartado 1 de la Ley 24.557, y el principio *iura curia novit*, condenó a la reparación plena del daño moral y material estimado.

Que en materia de infortunios laborales, el *iura curia novit* se impone como un deber a los jueces, no es nada nuevo, lo demuestra el caso "Monreal de Lara de Hurtado", en el que la Corte Suprema de Justicia de la Nación en 1916, resolvió hacer lugar a la reparación integral de los daños producidos por una muerte en accidente laboral, a partir de reconocer el deber de seguridad como obligación contractual de resultado y acreditar culpa alguna del dañante, pese a que la demanda se había únicamente fundado en la alegación de culpa. Ese fallo trascendente, fue fundado especialmente en ese principio general del derecho, que desde entonces es pieza clave para la interpretación y aplicación de derecho positivo en cualquiera de sus ramas.[14]

Decía Leonidas Anastasi, estos conceptos que el refería a los accidentes, pero tienen la misma validez para las enfermedades: "Yerran los tribunales que expresan que existe la obligación de indemnizar no sólo los accidentes ocurridos directamente del trabajo, sino también aquellos en que el trabajo se presenta como causa mediata, y concurrente. Y el error está en suponer que, directamente, el trabajo ocasione el accidente, cuando en realidad nunca puede actuar, sino como causa concurrente y mediata." [15] En las ciencias sociales, el problema de la causalidad sólo se aborda desde el pensamiento capaz de no extraviarse en la complejidad de la conducta humana.

[1] Puede consultarse del autor sus libros: Derecho de Daños Laborales. Las acciones comunes en los infortunios del trabajo. Editorial Némesis, Buenos Aires, 1992. 301 páginas. Con prólogo del doctor Juan Carlos Fernandez Madrid. Control de constitucionalidad de la Ley de Riesgos del trabajo 24.557. Editorial Joaquín Fernandez Madrid, Buenos Aires. 1997. 353 págs. Con prólogo del doctor Isidoro Goldenberg. Reforma laboral. Análisis crítico. Aportes para una teoría general del derecho del trabajo en la crisis. Editorial La Ley, Buenos Aires, 2001. 348 págs. También su artículo: La enfermedad-accidente mal llamada extrasistémica. Los límites conceptuales de los recientes criterios superiores en materia de inconstitucionalidad del art. 6 de la ley 24.557, en revista Nova Tesis, Año II, No. 15, p. 44 y ss. También en obra colectiva: Temas esenciales del derecho del trabajo. Homenaje al Dr. Santiago J. Rubinstein, Coordinador: Julio A. Grisolia, IJ Editores, C.A.B.A., 2009, pág. También en Revista de Derecho Laboral y de la Seguridad Social, noviembre 2009, Abeledo Perrot.

[2] El 18 de diciembre de 2007, la C.S.J.N. hizo lugar a un recurso de hecho deducido por la actora en la causa "Silva, Facundo Jesús c/ Unilever de Argentina S.A.", y revocó la sentencia dictada por la Sala VIIIa., de la C.N.A.T. que rechazaba la acción entablada por el resarcimiento del daño reclamado por haber contraído asma bronquial (enfermedad no listada) por causas laborales, mandando dictar nueva sentencia al respecto. Sostuvieron en su voto conjunto los doctores Carlos S. Fayt y Enrique Santiago Petracchi: "6º) Que, por consiguiente, no parecen quedar dudas que la LRT, de 1995, es incompatible con el orden constitucional y supralegal enunciado que ha negado todo tipo de reparación al trabajador víctima de una enfermedad que guarda relación de causalidad adecuada con el trabajo, por el solo hecho de que

aquello no resulta calificada de enfermedad profesional en los términos de dicha norma.- Por cierto que esa incompatibilidad encuentra fundamento, además de lo expresado en los considerandos precedentes, en otros derechos de jerarquía constitucional que, en consecuencia, fueron desoídos por el legislador. En primer lugar, el de toda persona "a que se respete su integridad física, psíquica y moral", tal como lo enuncia el inc. 1 del art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con toda especificidad y autonomía (asimismo: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. I)."

[3] El 17 de diciembre del 2008, la S.C.J.B.A., en autos "B. , C. A. contra 'Du Pont Argentina S.A. s. daños y perjuicios", hizo lugar a un recurso de inaplicabilidad de ley y también mandó dictar sentencia declarando inconstitucional al art. 6 de la Ley 24.557, haciendo responsables de la reparación del daño producido por enfermedades causadas laboralmente que no eran las reconocidas como profesionales.

[4] Se denomina sistema de "numerus clausus" al adoptado por una norma que limita las enfermedades que puedan dar lugar a acciones reclamando prestaciones del sistema de la seguridad y social la reparación de daños provocados por ellas a aquel que circunscribe las posibles reclamaciones a las propias de un listado que confecciona la autoridad de aplicación.

[5] Ver "Enfermedades y accidentes del trabajo: Lineamientos para una regulación alternativa". Por Carlos E. Sanchez, Osvaldo Giordano y Alejandra Torres. Revista Estudios, Año XII, No. 56, de Fundación Mediterránea. El segundo de esos autores, fue Secretario Jurídico del Ministerio de Economía durante la gestión de Domingo Felipe Cavallo y un autor bien

informado como Julián Arturo de Diego, le atribuye la autoría del proyecto que culminó en la Ley 24.557.

[6] Citan: OMS, 1985, "Identificación de enfermedades relacionadas con el trabajo y medidas para combatirlas", serie de Informes Técnicos 714 -Ginebra, OMS

[7] Alfredo H. Conte-Grand y Carlos A. Rodríguez, "Cobertura de los riesgos del trabajo". Editado por la O.I.T., Chile, pág. 261.

[8] Conf.: "Las enfermedades profesionales deberán ser un recuerdo del pasado, porque una vez conocida su causa lo que corresponde es anularla o controlarla." (Alfredo H. Conte-Grand y Carlos A. Rodríguez, "Cobertura de los riesgos del trabajo". Editado por la O.I.T., Chile, pág. 91. Lo que estos autores dicen de la enfermedad profesional, con más razón vale para sus listas.

[9] Ver : "Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata", Año 1941, p.489. Obra colectiva en Homenaje de Leónidas Anastasi, Trabajo de Juan D. Ramirez Gronda: "La interpretación dada por Dr. Leónidas Anastasi a la fórmula "ocasión del trabajo" contenida en las leyes sobre accidente de trabajo".

[10] Ver RODRÍGUEZ, Carlos: "Trabajo de Mala Muerte", "Página 12", 26 de abril de 1992, Suplemento Verde.

[11] Ver: "Según la estadísticas en los trabajos no hay más saturnismo, brucelosis, silicosis, dermatitis y fibrosis pulmonar, pero los trabajadores se siguen enfermando. Lo que sucede es que las ART no reconocen las enfermedades, pues al no haber relevamiento de agentes de riesgo argumentan que el trabajador pudo haberse contagiado fuera de su lugar de

trabajo". Fernando Krakowiak, "Sin red", artículo publicado en Cash de Página 12, el 11/4/2004.

[12] "El proceso grupal. Del psicoanálisis a la psicología social". Ediciones Nueva Visión. Buenos Aires. 1985, p 9.

[13] En este caso de jurisprudencia, el vínculo causal relacionó la crisis del 2002, la actividad bancaria cumplida por un contador y el estrés laboral que se torna en causante de una incapacidad parcial y permanente, reveladora de un daño que afecta a la integridad psicofísica.

[14] Ver: "Monreal de Lara de Hurtado, Catalina c. Gobierno de la Nación s. daños y perjuicios", sentencia del 30 de noviembre de 1916, suscripta por A. Bermejo, Nicanor G. del Solar, D.E. Palacio y J. Figueroa Alcorta. Fallos de la C.S.J.N. 1916, pag 331 y ss.. El decisorio confirmaba la sentencia de segunda instancia de la Cámara Federal de la Capital Federal, que firmaban por mayoría J.N. Matienzo, E. Villafañe y Marcelino Escalada, practicando disidencias en materia de prescripción Agustín Urdinarrain y en materia de competencia Daniel Goytía. En ese fallo de segunda instancia se sostenía: "Que en cuanto al fondo del pleito, el principio que hace al patrón deudor contractual de la seguridad del obrero, que rige al caso "sub litem" no es creación de las leyes modernas sobre accidente de trabajo, entra en lo que se ha convenido en llamar por la doctrina de los autores, falta contractual, por oposición a falta delictuosa y que según T. Huc (Comentario al Código Civil, vol 8, pág 565), surge de la tesis expuesta por Samtellete de Bélgica y Sauzet en Francia, casi contemporáneamente, a la cual adhirieron con energía, Lablé, Demangeat, Saleilles y otros".

[15] J. A., comentario a fallo, Tomo 3, p. 114

IV.LA APLICACIÓN INMEDIATA DE LA LEY LABORAL MAS BENIGNA EN RELACIÓN CON LA LEY 26.773.

Publicado en Doctrina Laboral Errepar. No. 355, marzo del 2015. p. 247 y ss.

1.- INTRODUCCIÓN.-

El tema que abordamos, refiere a la consideración de una regla instrumental inspirada en el llamado principio de progresividad del derecho del trabajo.

En los últimos tiempos, a partir de madurar la doctrina mundial y la constitucional argentina, en torno a la superestructura jurídica de la naturaleza de los Estados Sociales de Derecho, el llamado principio de progresividad alcanzó reconocimiento en cuanto a su raigambre constitucional y propia de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y Sociales.

Paradójicamente, la regla de la aplicación inmediata de la ley laboral y de la seguridad social más benigna, pese a quedar definida por la naturaleza jurídica del principio de progresividad, en cuanto a la fuerza de su imperio, dista de tener pacífica aceptación.

Cuando se la invoca, más veces es para desvirtuarla que para respetarla y la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación, mantiene una ambigua, poco clara y contradictoria doctrina en cuanto a ella.

Esta regla general de derecho, como instrumento operativo del principio de progresividad, debe de responder al mismo racionalmente, con coherencia y en relación con los valores que éste normativiza.

La regla de la aplicación inmediata de la ley reformadora, tiene sentido en relación a la ley más benigna para el trabajador. Cuando esto se olvida se tergiversa la norma.

La cuestión se vincula con uno de los temas más oscuros de la ciencia jurídica en cuanto a la interpretación y aplicación de las leyes. Es el que refiere a la temporalidad de las mismas. En especial las de orden público.

La forma más burda de vaciar de contenido a esta regla instrumental del derecho social, es reducir las consideraciones de su aplicación, únicamente al marco de las previsiones del art. 3 del Código Civil, llevando a cabo una interpretación literal y restrictiva del mismo.

Como el legislador cuando opera en las reformas del derecho del derecho social, suele hacerlo a partir de las coyunturas, teme adentrarse en una temática en que la doctrina y la jurisprudencia debaten encarnizadamente. En consecuencia, este tema retoma actualidad recurrentemente, en virtud de los silencios a los desaguizados propios de esas reformas.

Las reformas de la Ley 9688, (en especial, la última llevada a cabo por la 23.643), la derogación de la primera por la ley 24.028, la derogación de ésta por la Ley 24.557, las reformas de ésta y ahora la sanción de la ley 26.773, produjeron una interminable reiteración del debate.

Cuando le llega a los jueces aplicar las reformas sociales, operando derechos constitucionales, la incertidumbre reina en cuanto al alcance de esas reformas a las situaciones normadas que acaecieron antes de las mismas.

La suerte de los dañados, en cuanto a sus defensas, según sea el fuero provincial o nacional en que litiguen.

Además, como muchas de esas reformas legislativas se dictan para resolver situaciones reguladas legalmente, pero reputadas inconstitucionales, el imperio de éstas, suele tener un fin restablecedor del orden constitucional agraviado por la normativa reformada. Por lo que, si el legislador con frescura que roza la ignorancia, por un lado justifica su quehacer reconociendo los agravios constitucionales y deja de prever nada al respecto o prevé que la reforma sólo se aplicará a situaciones normadas posteriores a la sanción, abre una puerta, que sólo queda cerrada, cuando la reforma analógicamente queda aplicada a todas las situaciones en curso.

Este debate, se está dando nuevamente con la reforma de la Ley 24.557, por la Ley 26.773, sancionada en octubre del 2012, que precisamente se fundamentó en la necesidad de su sanción por cuanto la ley básica reformada ha sido hasta el cansancio, declarada inconstitucional por los Tribunales argentinos.

El tema además, observado en toda su complejidad temporal, es de enorme importancia práctica, por las siguientes circunstancias:

En los juicios de reparación de daños por infortunios laborales, la duración de los mismos que el burocratizado servicio público de justicia impone, se prolonga por lustros, por lo que numerosos decisorios de la Corte, dictados reconociendo ese tipo de inconstitucionalidades, tienen más de una década de trámite.

Por ejemplo, en caso “Lucca de Hoz” , la C.S.J.N. dictó sentencia reparativa de una muerte acaecida en 1999, en el año 2010, ordenando revocar un fallo de la C.N.A.T. y dictar

otro, rechazando la aplicación inmediata de las reformas por leyes más favorables, sancionadas en sucesivas ocasiones.

Como el fallo de la Sala que intervino a mérito del recurso federal resuelto, nuevamente fue motivo de un recurso extraordinario, su trámite sigue sin terminar y cuando la Corte resuelva, estará vigente la ley 26.773 o quizás, su posible reforma necesaria pendiente.

El interrogante que la situación nos motiva es el siguiente. ¿Seguirá la jurisprudencia indiferente a la legislación de orden público social que se sancionó para dar satisfacción a sus propios requerimientos controlando constitucionalmente a la ley 24.557, con agravio del principio “iura curia novit”?

Por supuesto que la respuesta, pasa por entender la naturaleza del instituto de los derechos adquiridos, en relación con los juicios que corresponden a obligaciones de valor, propias de daños que corresponden a derechos humanos fundamentales.

Pero convengamos que no constituye un derecho adquirido dejar de reparar los daños que generan deudas de valor.

2.- LA LEY 26.773 Y LA NATURALEZA REACCIONARIA Y PROGRESISTA DE LOS INSTITUTOS QUE REFORMA.

Las reformas que la Ley 26773 consagró, en el remendado régimen de la Ley 24.557, son de distinto tipo. Algunas progresistas y otras reaccionarias.

Para un lector prevenido, esa calificación se le antojará más política que jurídica. Para él haremos alguna aclaraciones.

El autor aclara que considera reforma progresista en materia de legislación laboral y del derecho de la seguridad, a aquella que respondiendo al art. 14 bis de la Constitución Nacional y a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y Sociales, procura resolver la cuestión social, mediante normas que operativicen derechos. Esas reformas responden al principio general de derecho llamado de progresividad, que rige en los Estados Sociales del Derecho. Por oposición, son reformas reaccionarias, aquellas que subvirtiendo ese orden constitucional, regulan regresivamente a esos derechos fundamentales. Las reformas inspiradas en la flexibilidad laboral y la flexoseguridad, hacen de la desregulación regresiva un caballo de batalla.

La Ley 26.773 es un coctel explosivo de medidas de esos dos tipos.

Entre las normas progresistas de la reforma, se encuentra la mejora y actualización de los valores tarifados de reparación, en cuanto a la vida y la salud de los trabajadores. También las prescripciones que permiten limitadamente superar el cepo inconstitucional afirmado en el más crudo nominalismo, y permiten actualizar créditos que refieren a esos juicios de valor.

Entre las normas regresivas de la reforma, se encuentran aquellas que niegan el acceso irrestricto a los trabajadores a su juez natural y la competencia de un fuero especializado en la cuestión social y la compleja normativa que trata de racionalizarla y encausarla.

La reforma obstaculizando el juicio reparativo ante el juez natural de infortunios de trabajo, sostiene que en caso de procurarse la reparación integral de los daños, sólo se podrá reclamar los mismos ante la justicia civil y que esa reparación

implica renuncia de las prestaciones reparatorias propias de la seguridad social.

Respondiendo a esa extraña tendencia masoquista que se advierte en el fuero del trabajo, no faltaron las decisiones de magistrados que para infortunios anteriores, reclamados y en trámite, ante la reforma producida, se declaran incompetentes para actuar.

3.- EL DICTAMEN DEL PROCURADOR GENERAL DEL TRABAJO EN EL CASO “VIRGILI”.

Una de esas decisiones, motivó que el 8 de febrero del 2013, el Procurador General del Trabajo, doctor Eduardo O. Alvarez, en autos: “Virgili, Darío Ernesto c. Federación Patronal Seguros S.A. y otros, s. accidente” (Expte. 53199/2012 – Sala V, de la C.N.A.T.), emitiera el Dictamen N° 56350.

En esa causa, la jueza de primera instancia, decidió aplicar inmediatamente la reforma sancionada por la Ley 26.773 y se declaró incompetente, remitiendo el juicio a la Justicia Nacional en lo Civil, para que continuara su trámite.

Apelada la resolución el Procurador General del Trabajo aconsejó a la Cámara, revocar el decisorio, haciendo lugar al recurso de apelación interpuesto por la actora y continuar el trámite ante el fuero especializado en las cuestiones sociales.

El fallo que se aconseja revocar, se sostuvo en calificar a la reforma competencial que anula la intervención del juez natural en las causas sociales, como procedimental, afirmándose en los criterios de que ellas sí deben ser asumidas aplicándose las a causas en trámite.

El Procurador analiza ese razonamiento y lo desnuda en cuanto a su debilidad argumental, en especial, por que lo adjetivo e instrumental se enlaza con lo sustantivo y de fondo de tal forma, que los derechos esgrimidos se enfrentan con los procedimientos ordenados.

En lo resolutivo el dictamen aconseja con propiedad en torno a la resolución a adoptar en el caso y tendrá efectos positivos, con referencia a miles de causas en situación similar, de ser asumido el consejo por la Cámara.

Pero su especiosidad y la cautelosa y fina redacción conservadora que asoma de sus razonamientos y las citas parciales de jurisprudencia reaccionaria y desactualizada que invoca, nos mueve a alarma, para apoyar su criterio.

Se nos ocurre que el dictamen guarda cauta distancia, con el llamado principio de progresividad y la regla instrumental de la aplicación inmediata de la norma más favorable en el ámbito del derecho social.

Es de esperar en los juslaboralistas un compromiso genuino con esos institutos y la necesidad de ejercer el control constitucional sobre las reformas menos benignas de los derechos del trabajo y de la seguridad social.

Cuando la cuestión a debatir en las causas, refiera a la aplicación inmediata de las reformas progresistas a las que alcanza la ley 26.773, por ejemplo, las que traten con las prestaciones reparadoras del sistema de la ley 24.557, el tema de la aplicación inmediata de la ley más favorable, tomará toda la significación que tiene. Y en este sentido, se dirigirá en un resultado inverso al que se aconseja prudentemente en cuanto al tema adjetivo.

Ya no se tratará de la reformas regresiva de determinados institutos procesales, entonces sí, se tratará del control de constitucionalidad de los derechos humanos y sociales en toda su dimensión en intensidad.

Será entonces la oportunidad de barajar y dar de nuevo y veremos, desde la óptica esperanzadora limitada, propia de un viejo laboralista escéptico y cascoteado por la experiencia, si la Procuradoría y la Cámara, asumen el tema con los criterios de defendemos.

Mientras tanto, decidimos señalar, que en materia de la aplicación inmediata de la ley laboral más benigna, se traduce en los balbuceos de la Corte que se traducen en sus propias contradicciones y en la recurrente vocación de la Corte de la Provincia de Mendoza, a desafiarlos saludablemente para bien de la ciencia jurídica.

A ellos pasamos a hacer referencia.

4.- LA INCOHERENCIA DE LA CORTE EL CASO “LUCCA DE HOZ”.

La causa que dio motivo al fallo “Lucca de Hoz” a la que ya hicimos referencia más arriba, refiere a un accidente de trabajo sucedido el 25 de julio de 1999. El letrado de la actora encuadró la demanda estrictamente en la Ley 24.557 y solicitó la aplicación de la misma en cuanto a la reparación, pero planteó la inconstitucionalidad de la tarifa prevista de los arts. 15 y 18, por no cumplir con el fin que le impone el principio “alterum non laedere”, de raigambre constitucional (art. 19 de la C.N.).

El dictamen Fiscal, sobre el que la sentencia de Corte se apoya, rechaza el reclamo del actor fundado en la aplicación de las mejoras indemnizatorias previstas en el DNU 1278/00, por entender que esta disposición normativa no es aplicable al presente caso ya que no estaba vigente al momento de ocurridos los hechos que dieron motivo al reclamo.

Esa prescripción se transforma en un vallado a la íntegra reparación del daño, puesto que interpretada y aplicada literalmente, impide al resarcimiento razonable y suficiente de éste, cuando tras el tiempo que insume el proceso se sentencia en virtud de pautas de liquidación para el cálculo de prestaciones dinerarias inicuas e irrazonables. Pautas que la ley vigente ha descartado por irrazonables e insuficientes para cumplimentar el principio constitucional "alterum non laedere".

El Decreto de Necesidad y Urgencia 1278/00, el Decreto 1694/2009 y la ley 26.773 (posterior a ese fallo), han dispuesto el mejoramiento de las prestaciones económicas, teniendo en cuenta y haciendo mérito de ello que la jurisprudencia resaltó la insuficiencia del sistema reparador, conforme a las facultades previstas en el artículo 11 inciso 3° de la Ley de Riegos del Trabajo 24.557.

Es pues esa normativa correctora de un vicio constitucional admitido en otra normativa anterior reformada. Al punto de sostenerse en los considerandos del decreto 1694/2009, que: "... que a partir de su puesta en marcha (se refiere al sistema de la LRT) el citado sistema de prevención y reparación de la siniestralidad laboral evidenció su imperfección estructural como instrumento de protección social, lo que originó el estudio de distintas alternativas de superación".

El fallo “Lucca de Hoz” ni siquiera entra a considerar que al momento de ser dictado, una norma de orden público laboral, el decreto 1694/09, estaba ya vigente determinando valores vida muy superiores a los de la legislación que aplicaba que había sido reformada. Lo da por superado a partir de una afirmación dogmática.

La cuestión cobra trascendencia cuando se la relaciona con la problemática del acceso a la justicia y el tiempo que lleva su procesamiento.

Para las víctimas, que se encuentran en evidente estado de necesidad, la duración de estos procesos resulta de un efecto devastador. Para las ART, empresas de seguros regidas por criterios financieros, una forma de ganar tiempo en función de valores que se deprecian a partir de las leyes de prohibición de la indexación que las favorece. Para las empleadoras dañantes, una forma de asociarse a los beneficios dilatorios de ese tipo.

La sentencia no asume ninguna consideración valedera en tono al principio de la aplicación inmediata de la ley laboral más beneficiosa. Es como si para la Corte este instituto no existiera.

Sostuvo la procuradora que el fallo que impone el pago de una indemnización por infortunio laboral, “sólo declara la existencia del derecho que lo funda, que es anterior a ese pronunciamiento; por ello la compensación económica debe determinarse conforme a la ley vigente cuando ese derecho se concreta, lo que ocurre en el momento en que se integra el presupuesto fáctico previsto en la norma para obtener el resarcimiento, con independencia de la efectiva promoción del pleito que persigue el reconocimiento de esa situación y de sus efectos en ámbito jurídico (Fallos 314: 481; 315:885), sostener

lo contrario conllevaría la aplicación retroactivo de la ley a situaciones jurídicas cuyas consecuencias no habían se producido con anterioridad a ser sancionada (Fallo 314:481; 321:45)".

A esas consideraciones opondremos estos razonamientos:

Las sentencias reparativas de infortunios del trabajo, no resarcen un hecho que se transforma en título de crédito, sino las consecuencias dañosas que del mismo se desprenden. El crédito se estima a partir de las consecuencias del hecho. La deuda se trata de una deuda de valor.

De ello debe inferirse que la pretensión jurídica procurada es la declaración de contar con el derecho a la reparación del daño producido, como proyección del hecho inicial en su tiempo futuro.

Lo que no conceptualiza el fallo, es que el daño a reparar es una conducta que se proyecta en relación con la reparación hasta que ésta satisface la pretensión.

A tal punto es así, en estas causas de daño, que la sentencia se transforma en una estimación económica de perjuicios que se proyectan incluso a las consecuencias dañinas posteriores a su dictado. En este sentido la sentencia anticipa el futuro en cuanto a las consecuencias que devienen, necesaria y previsiblemente en el tiempo y el título de ejecución posible, no existe hasta tanto no sea declarado por el Juez. En consecuencia el derecho se encuentra in fieri, es decir, en camino de realizarse, mientras el juez no lo declare.

Quien ejerciendo el derecho de defensa, no resarce de por sí, provocando la cancelación del posible crédito por el daño reconociendo la deuda en su justo valor y reparándola, provocando la intervención de la justicia ante su renuencia,

debe soportar las consecuencias de su proceder, que prolongan en el tiempo la reparación del daño.

Esto así desarrollado hace a la lógica de la reparación suficiente y es la única forma de no burlar el principio *alterum non laedere* a partir del ejercicio del derecho de defensa, como excusa.

Quien con su renuencia provoca el proceso, asume las consecuencias del mismo, por cuanto la reparación del daño, pretensión jurídica de la víctima solo se realiza a partir de compensación reparativa efectivamente cumplida.

En las causas laborales por daños a resarcir, la solución de la cuestión que estamos enfrentando se encuadra en una regla general de derecho de la especialidad.

Se trata ésta de la aplicación inmediata de la ley laboral más benigna, que es una regla instrumental del derecho del trabajo, sobre la cual como hemos señalado la jurisprudencia del país viene manteniendo un criterio ambiguo e incoherente.

Como todos los temas que hacen a la aplicación en el tiempo de las normas, la cuestión resulta intrincada y de difícil entendimiento.

Cortes de origen autoritario y democrático, han oscilado en este intrincado tema propio de la aplicación de la ley laboral en el tiempo. Y lo han hecho incluso cuando se trataban de leyes laborales, que no cumplían con el mandato constitucional de consagrar o ampliar los derechos sociales.

La regresiva reforma de la norma de facto 21.297, fue aplicada sin asco a todas las causas en trámite y cuando se sancionó la norma de facto 20.695 (que reguló la actualización de los créditos laborales) en el “Camusso”, que el reajuste de los

créditos pendientes, con una tasa determinada por imperio legal que no acompañaba ni siquiera a la inflación se trataba de "...la inmediata aplicación de la norma a una relación jurídica existente, toda vez que, en el caso de autos, al entrar en vigor aquélla, no se había satisfecho el crédito del accionante. Resulta por tanto aplicable la doctrina del art. 3º del Código Civil, primera parte, ya que tan sólo se alteran los efectos en curso de aquella relación nacida bajo el imperio de la ley antigua, a partir del momento de la entrada en vigencia del nuevo texto legal...".

En los comienzos de la restauración democrática, la C.S.J.N., también inspirada en un orden público económico y no social, impuso la legitimación de la aplicación inmediata de las normas regresivas, en una violación manifiesta del principio de progresividad, para legitimar una reforma social regresiva que despojó del derecho a la estabilidad a trabajadores un banco estatal.

Lo hizo así en el año 1984 en el fallo "Dellutri", resolviendo: "La ley local 1401 que establece que las relaciones de trabajo del personal que se desempeña en el Banco de la Provincia de Santa Cruz se regirán exclusivamente, a partir de su vigencia, por la ley 20.744, modificada por ley 21.297 (t. o. en 1976) es de orden público, no solamente porque así resulte explícitamente de su articulado, sino también porque su declarado objetivo es adecuar el régimen laboral vigente del personal de dicho banco al régimen instituido en el orden nacional, y por su naturaleza y contenido se torna imposible de ser soslayada por los interesados. Tal circunstancia basta para desestimar el argumento de que no es aplicable a contratos en curso de ejecución, desde que no se trata de una ley supletoria".

Un interrogante quedaba sin contestar, en cuanto a determinar hasta dónde esos trabajadores bancarios que eran empleados públicos, porque la Provincia de Chubut decidió unilateralmente que pasarían a estar regidos por la Ley de Contrato de Trabajo 20.744, pudieron haber dejado de contar con la garantía de la estabilidad con la que antes contaban, mientras siguieran prestando tareas propias de empleados públicos.

5.- LA APLICACIÓN INMEDIATA DE LA LEGISLACIÓN MAS FAVORABLE EN MATERIA DE LA SEGURIDAD SOCIAL SOSTENIDA POR LA CORTE EN EL CASO “ARCURI ROJAS”.

Contra la doctrina de la Procuradoría General de la Nación, hecha suya sin mayores consideraciones explícitas, en torna a la reforma de la Ley de Riesgos del Trabajo en el fallo “Lucca de Hoz”, la Corte en forma explícita, resolvió cuestiones propias del derecho de la seguridad social, conforme al principio de la aplicación inmediata de la ley social.

Un caso en que la Corte hizo lugar a la regla de la aplicación inmediata de la ley más benigna, se dio en la causa “Arcuri Rojas”.

La actora reclamaba en esos autos los beneficios que otorgaba una ley más benigna en el pago de la pensión por viudez en razón de la muerte de su marido ocurrida durante el régimen de la ley 18.037, solicitando la aplicación de la ley 24,241 del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones, que había entrado en vigencia 19 días después de la muerte de su esposo y que la ANSeS no había aplicado al conceder el beneficio.

En los considerandos 14 y 15 de ese fallo, no se conceptualizó a la regla de la aplicación inmediata de la norma más favorable al trabajador que explicitamos como instrumental del principio de progresividad, pero a éste se lo invocó como fundamento en estos términos: “Que es el reconocimiento del principio de progresividad en la satisfacción plena de esos derechos el que ha desterrado definitivamente interpretaciones que conduzcan a resultados regresivos en la materia (arts. 26 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y considerando 101 del voto del Dr. Maqueda en Fallos: 328:1602). 15) Que sería estéril el esfuerzo realizado por el legislador para cumplir con la obligación establecida en el art. 11 del Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“Protocolo de San Salvador”), en cuanto exige que los Estados parte adopten todas las medidas necesarias hasta el máximo de los recursos disponibles para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos sociales, si por vía interpretativa se sustrajera de esa evolución a quienes se encuentran en situación de total desamparo por aplicación de leyes anteriores que establecían un menor grado de protección, máxime cuando se encuentra demostrado que el causante y, por ende, su viuda, reúnen los requisitos necesarios para el reconocimiento de los derechos pretendidos, según han sido previstos en el actual esquema normativo”.

Como puede observarse, el criterio de la Corte es distinto en el caso “Lucca de Hoz” al adoptado en el caso “Arcuri”, ya que en este último se aplicó el régimen más favorable sancionado con posterioridad al nacimiento del derecho de la reclamante.

Se destaca que los jueces de la Corte cuando no adhieren a dictamen de la Procuradoría General, sin mayor detalle ni mucha prolijidad y coherencia con sus resoluciones anteriores

y mejor fundadas, resuelven en otro sentido. Tendrá la Corte que unificar su discurso y es de esperar que sepa hacerlo a favor de los derechos humanos y sociales que afecta.

En definitiva, a pesar de las carencias de dichas mejoras en las prestaciones dinerarias establecidas por el DNU 1278/00 y ahora en el Decreto 1694/09 y la Ley 26.773, frente a la colisión de intereses entre los damnificados y la aseguradoras, cabe concluir que deben tener preeminencia los primeros, dado el fin social y protectorio de las indemnizaciones por accidentes del trabajo.

6.- LAS POSICIONES ENCONTRADAS DE LA CORTE DE LA PROVINCIA DE MENDOZA CON LA CORTE SUPREMA NACIONAL.-

Aplicando la ley 23.643, última de las reformas de la Ley 9688, que introdujo para mejorar sustancialmente las indemnizaciones el coeficiente etario, a las consecuencias de un infortunio laboral que acaeciera antes de la entrada en vigencia de esa norma, la Corte de la Provincia de Mendoza, resolvió:

“En el caso de que se trata de decidir la aplicación de la reforma de la ley 23.643 a la ley 9688 a los accidentes y enfermedades del trabajo producidos y desarrollados antes de su vigencia temporal pero con acción judicial en trámite y sin sentencia, como estamos en presencia de situaciones jurídicas constituidas pendientes, de fuente contractual y con leyes imperativas, resulta de aplicación el art. 3º parrs. 1º y 2º del Cod. Civil. Por lo tanto, se aplica la ley antigua a la constitución y consecuencias anteriores y la ley nueva a la extinción y efectos posteriores”.

Ese Superior Tribunal provincial, a partir de un erudito voto del doctor Jorge H. Nanclares, confirmó así la posición que habían adoptado la mayor parte de los tribunales inferiores de esa provincia, señalando que “La interpretación literal del art. 3º del Código Civil autoriza la aplicación de la nueva ley a los accidentes no indemnizados, existiendo juicio en trámite. El término ‘aun’ contenido en la mencionada norma se refiere al además, se aplica la ley y a todas las relaciones jurídicas y además, a las consecuencias de las relaciones jurídicas existentes, pretéritas, anteriores a la ley nueva”.

Distinguía ese Tribunal Superior provincial, que la aplicación inmediata de la nueva ley a los infortunios acaecidos con anterioridad a ella, en función del acrecentamiento de las indemnizaciones producido, debía llevarse a cabo por cuanto esto refería a “efectos no producidos de situaciones –o mejor dicho relaciones jurídicas- ya constituidas pero aún no concluidas”.

Llevada la cuestión en esa causa tramitada en Mendoza, a la C.S.J.N., por vía de un recurso extraordinario de inconstitucionalidad, el 28 de mayo de 1991, se revocó el fallo provincial, a mérito de invocarse nuevamente en formal superficial la teoría de la afectación de los derechos adquiridos durante el régimen legal anterior reformado.

La Corte declaró que se había practicado una exégesis irrazonable de la nueva ley aplicable y que la situación jurídica consolidada debía juzgarse aplicando la ley vigente a la fecha de acaecido el daño.

Votaron la revocación los Ministros Ricardo Levene (h.), Mariano A. Cavagna Martínez, Rodolfo C. Barra, Augusto C. Belluscio. Enrique S. Petracchi y Eduardo Moliné O’Connor, compartiendo la fundamentación común. En disidencia el

Ministro Julio S. Nazareno, votó por el rechazo del recurso a mérito de la invocación del art. 280 C.P.C.y C.

Como se advierte, de los seis Ministros que sentaron esa doctrina judicial, solo uno permanece en la Corte actual.

Al comentar el fallo en que en 1991, la Corte revocó la sentencia del tribunal superior mendocino, Germán Bidart Campos subtítulo su artículo así: “Un caso de duda” y sostenía que tanto los argumentos vertidos por la Corte Provincial como la Corte Nacional eran convincentes. Afirmaba: “No es fácil tomar partido. La duda queda cerrada con una pregunta: ¿era realmente arbitraria la sentencia que la Corte dejó sin efecto? Hay argumentos para contestar por sí y por no. Por supuesto la Corte tenía que tomar partido por una de ambas respuestas. Doctrinariamente nos es más fácil –y reconocemos que también más cómodo- quedarnos con el beneficio de la duda. Así lo hacemos”. Entendemos que el tema es arduo y dificultoso de desentrañar, como lo hiciera un maestro del derecho constitucional desaparecido de singular valía. Pero aún ante sus dudas debemos tomar posición al respecto y ello nos lleva a comparar objetivamente las consideraciones y fundamentos en que se basara la Corte de la Nación para revocar ese fallo de interpretación y aplicación del derecho común, tan seriamente fundado por la Corte de Mendoza.

Y al hacerlo no podemos coincidir con Bidart Campos en que los argumentos vertidos por los dos tribunales, eran igualmente convincentes. Una simple lectura de esos fallos nos revela la inconsistencia del decisorio de la Corte de la Nación. Los dos fallos no pueden ser equiparados en cuanto a sus fundamentos, argumentos vertidos y citas de doctrina que contemplan.

Como lo hemos señalado con anterioridad en ocasión de referirnos a este encuentro entre doctrinas jurisprudenciales, mientras en el fallo de la Corte de Mendoza, en este tema que hace a la interpretación y aplicación del derecho común, se advierte erudición y un esfuerzo para colocar al litigio en situación, en cuanto a los antecedentes jurisprudenciales y doctrinarios que necesariamente tenían que ser considerados.

También ahora resaltaremos que en cuanto a la interpretación y aplicación del derecho común, son los tribunales superiores de provincias, en un país federal, los que tienen la última palabra y no la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Por contrapartida a la última palabra de la jurisprudencia mendocina, el fallo de la C.S.J.N., no trae a colación argumento alguno ajeno o texto de doctrina de ningún tipo en su apoyo. Solo se advierte en el mismo, una superficial invocación dogmática de doctrina anterior de la propia Corte, en los casos registrados en Fallos 299-132 y 296-723, en la reiteración de posiciones propias.

Y finalmente consigna consideraciones el fallo de la C.S.J.N. absurdas como las siguientes:

“Que a estos principios generales no se opone la especialidad de la materia laboral, ni el propósito perseguido por el legislador. En efecto, sus principios rectores, tales el “in dubio pro operario”, de la norma más favorable y de la condición más beneficiosa, exigen para su aplicación que se esté en la presencia de una colisión normativa (conf.. “Luna, Juan Carlos y otros c/ Compañía Naviera Pérez Companc S.A.C.I.M.F.A.” L-149 XXII, sent. 1/8/89) que cree dudas fundamentales acerca de la ley aplicable, presupuesto inexistente en el caso de autos (consid. 3º, esta sentencia)”.

Sostener que la regla de la norma más favorable, solo opera en casos de duda, es una contradicción en sí misma que no responde a ninguna lógica.

En la distinción entre una norma más favorable y otra menos favorable, no hay espacios para la duda. Es un fallo en que la Corte confunde al ámbito del “in dubio pro operario”, con el de la regla de la norma más favorable. Una regla propia del garantismo, que determina una elección a hacer a partir de un juicio de valor que consiste en determinar cuál de las normas es la más protectoria. Y en esto no hay espacio para la duda, ya que de existir ella, el juicio de valor no sería posible.

Teorizar sobre principios generales, afirmando conceptos contradictorios que no se sustentan en razonamientos lógicos, es transitar por el camino del absurdo. Y el absurdo no se legitima a partir del dogmatismo, aunque sea el más Alto Tribunal del país el que lo practique.

Pese a la reiteración de la situación, a fines del 2010, por la Corte Nacional, en el fallo “Lucca de Hoz”, la Corte de la Provincia de Mendoza, ha insistido en su enfrentamiento apoyado en sus mejores razones, ejerciendo su deber de aplicar el derecho común.

El 8 de abril del 2011, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, en la causa N° 99.687, caratulada: "Garis, Luis Walter c. La Segunda ART S.A.", resolvió con los votos de la magistrados Carlos Böm; Herman A. Salvini y Pedro J. Llorente, volvió a retomar una antigua posición del tribunal que propicia la aplicación inmediata de la ley laboral a las causas en trámite, por infortunios acaecidos con anterioridad a la sanción de esa norma.

Se sostuvo en ese decisorio, que por no estar reparada la minusvalía padecida antes de la entrada en vigencia del Decreto 1649/2009, la situación no estaba consumada.

Y que atento a que la ART era deudora de prestaciones, "...no ha cumplido con las condiciones sustanciales ni con los requisitos formales previstos en la ley para ser titular de un derecho adquirido frente al Decreto en cuestión por lo que no se afectaría la garantía de la inviolabilidad de la propiedad. (A. 944. XXXVII.; ; 10-05-2005; T. 328 P. 1381, entre otros de la CSJN)".

Y se concluye que admitir lo contrario sería desoír los principios protectorios del derecho laboral y de la seguridad social cuando el actor damnificado padece una severa invalidez. Precizando que "Justamente uno de los fines de la seguridad social es la cobertura de las contingencias sociales resultando una de las más trascendentes la contingencia que tienen origen patológico. Obsérvese, que para procurar aún más el pleno goce del derecho a la salud existe consenso legislativo sobre su importancia al existir un Sistema Nacional de Seguro de Salud, cuyo objetivo primordial es otorgar prestaciones igualitarias, integrales y humanizadas dirigidas a la promoción, protección recuperación y rehabilitación de la salud, en definitiva que mejore la calidad de vida".

Ya vigente la Ley 26.773, la cuestión viene siendo resuelta en función de esas argumentaciones mendocinas, por los siguientes tribunales de primer instancia esa provincia y la de Córdoba.

a) Expte. Nº 39.589 "Llavería Miranda Alejandro c/ CONSOLIDAR A.R.T. S.A. p/ ACCIDENTE.". Cámara de Trabajo Sala Tercera de Trabajo de Mendoza, 11 de diciembre de 2012.

b) "Godoy, Diego Maximiliano c. MAPFRE Argentina ART S.A. s. accidente" Cámara de Trabajo Sala Séptima, 12 de noviembre del 2012.

c) "Martín, Pablo Darío c. MAPFRE A.R.T. S.A. s. ordinario, accidente (ley de riesgos), Expte. No. 170607/37, C. de T. de Córdoba, Sala Xa., 21 de diciembre del 2012.

7.- CONCLUSIONES.

Por razones de espacio editorial y vastedad del tema, hicimos esta reseña de un enfrentamiento que seguirá nutriendo al derecho social y acompañándolo en cuanto a su fuerza expansiva y la importancia de su significación en la hora actual.

Para no mantenernos ajenos a él, definiremos nuestra posición general, como forma de compromiso.

Para el autor, cuando el infortunio de trabajo, es anterior a la sanción de la Ley 26.773, se requiere la aplicación inmediata de la ley más favorable en el tiempo, en la medida de que se tiene presente, el sentido progresivo de la legislación social, en relación con juicios de valor, como situaciones "in fieri", sin reparar. Se debe tener en cuenta que las disposiciones sancionadas, sólo cumplen el fin de mantener incólume en el tiempo la reparación ante el daño padecido, sin afectar el principio de indemnidad (art. 19 de la Constitución Nacional), el derecho de propiedad de la víctima sobre el crédito reparatorio (arts, 14 y 17 de la Constitución Nacional) , el principio de progresividad (art. 14 bis de la Constitución Nacional), el derecho a la igualdad (art. 16 de la Constitución Nacional) y el principio de razonabilidad de la ley (art. 28 de la Constitución Nacional).

V.EL DAÑO EN OCASION Y LAS INCONSTITUCIONALIDADES DE LA LEY 26.773.

Publifado en Diario La Ley, Año 9, No.1998, jueves 21 de marzo del 2013.

1.- EL DAÑO EN OCASIÓN COMO FACTOR ATRIBUTIVO DE RESPONSABILIDAD POR RIESGO.

La conceptualización del principio general del derecho social, de indemnidad del trabajador, ajenizándolo de los riesgos que acompañan al cumplimiento de sus deberes contractuales, resultó de un lento quehacer doctrinal y jurisprudencial.

Terminó ese principio siendo una norma de normas, ya que como toda regla general de derecho con raigambre constitucional, armoniza al orden jurídico, dándole coherencia, racionalizándolo y cumpliendo un fin arquitectónico de las disciplinas en particular y del todo normativo. [2]

El principio se impone jerárquicamente, es operativo de por sí, desactivando las normas inferiores de cualquier fuente, que lo contradicen.

La instrumentalización operativa del principio de indemnidad fue llevada a cabo por el legislador social, plasmando en las leyes de accidentes y de contrato de trabajo, (leyes 9085, 9688, 11.729 y 20.744), lo que el saber jurídico había elaborado teóricamente en forma doctrinal y prácticamente, en forma jurisprudencial.[3]

La operativa terminó perfilando el factor atributivo de responsabilidad definido como el “daño en ocasión”, queriendo significar con ello, el perjuicio sufrido en relación a las

prestaciones del contrato de trabajo, operando en forma directa o indirecta, pero siendo consecuencia del riesgo que tuvo que asumir la víctima para cumplir con su débito laboral.

La indagación de las fuentes doctrinarias, en torno al tema del "daño en ocasión", lleva a la doctrina italiana.

El deber de seguridad en los contratos de locación de servicios, como garantía de resarcimiento de los daños producidos aún sin culpa, se vislumbra en las teorizaciones de Guido Fusinato[4] sobre el caso fortuito y la fuerza mayor.

Sostenía el jurista italiano que quien obtiene una utilidad de una persona o cosa, justo es que asuma los riesgos originados por el empleo de la persona o cosa. Se apoyaba en las siguientes reglas del derecho romano: Ubi majus periculum, ibi cautium argentium est, (donde hay mayor peligro debe haber precaución); ubi emolumentum, ibi onus esse deber (dónde está la utilidad debe estar la carga); periculum ejus esse debet cujus commdum est (el que recibe la utilidad debe estar al riesgo); ubi periculum, ibi est lucrum collocetur (dónde está el riesgo, allí también se ponga el lucro).

Por su parte Emanuele Gianturco (escuela napolitana del derecho civil) desarrolló el tema de la equidad en los contratos y la responsabilidad sin culpa, continuado sus teorizaciones su discípulo Nicola Coviello, en su "Lección inaugural en la Universidad de Catania" en 1897 y su "Manual de Derecho Civil" aparecido en 1910.

El contractualismo que devendrá en la responsabilidad objetiva por riesgo profesional, había encontrado el camino allanado a partir del pensamiento de Antonio Menguer (1841 – 1906).

Las obras de este autor húngaro, profesor de derecho civil en la Universidad de Viena, criticando al Proyecto de Código Civil

alemán,[5] son las que promueven al contrato de trabajo, como una figura diferenciada y superadora de la locación de servicios y fincan la diferencia esencial en el deber de prevención que es resultante del principio general de indemnidad.

Sostiene: “En las relaciones del trabajo, que exigen toda o una gran parte de la actividad del obrero, especialmente en las relaciones de los criados urbanos y rurales, y de los obreros industriales, resultan éstos sometidos al patrono, no sólo con referencia a los servicios que prestan, sino con toda su personalidad. Deben emplear, no solamente toda su fuerza, según las órdenes del patrono o amo, sino que con frecuencia excesiva debe someter en beneficio de los intereses del patrono mismo sus propios bienes personales (persönlicher Güter): la vida, la salud, la energía, cuando no el honor y la moralidad.”

“Siendo esto así, el amo o patrono debe ser llamado, dentro de los límites de la responsabilidad jurídica, a garantizar ante el obrero estos bienes personales; debe, hasta dónde de él dependa, cuidar de que no resulten perjudicados, en las relaciones de servicio, la vida, el cuerpo, la salud, las fuerzas, el honor y la moralidad del obrero o criado.”

Es recién entonces que el derecho positivo codificado comenzó a vislumbrar al contrato de trabajo como una especie diferenciada de la locación de servicios. Legisló sobre él expresamente, dándole la entidad de un contrato especial y nuevo, el Código de las Obligaciones suizo de 1881, el Código Civil alemán de 1900, y la ley belga de ese mismo año, que lo define como aquél por el cual el obrero se obliga a trabajar “bajo la autoridad, direcciones y vigilancia de un jefe de empresa o patrón, mediante una remuneración calculada, sea

en razón de la duración del trabajo, de la cantidad o valor de la obra, en la forma en que las partes lo hayan convenido”.

Esa línea crítica de la teoría general de las obligaciones y los contratos, desprendida de la cuestión social que sacudiera política, económica y filosóficamente, a la segunda mitad del siglo XIX, se vigoriza con los contractualistas belgas y franceses, (en la década que comienza en 1880). Debe destacarse entonces que la asunción de la reparación de los daños sufridos por los trabajadores durante el tráfico apropiativo del trabajo que prestan, como obligación de resultado, ante la prueba de la causalidad referida a los hechos en ocasión y con motivo de las prestaciones, aparece en el escenario jurídico antes de nacer el derecho del trabajo como rama sistematizada del saber jurídico.

El principio de indemnidad de los trabajadores encuentra eco trascendente en la jurisprudencia, cuando el 16 de junio de 1896, la Corte de Casación francesa, en el caso “Guises, Cousin et Orielle Cousin veuve Teffaine”, hizo lugar a la reparación del daño por cuenta del armador de un remolcador, en el que estallara un caldera y falleciera el maquinista Teffaine, sin que se hubiera probado una falta del principal. Se terminó responsabilizando a la Sociedad Liniers[6], y el contractualismo por medio de la responsabilidad objetiva por riesgos laborales, signa la nota diferente del contrato de trabajo, distanciándolo de las locaciones de obras y servicios, perfilando la existencia de la cláusula implícita de la garantía de seguridad, por razones de orden público que las partes no pueden eludir.

La libre apropiación del trabajo a partir de la locación de servicios, se transmutó en el contrato de trabajo, cuando en el escenario de la doctrina fue necesario plasmar el nuevo tipo

contractual, para expresar una forma de contratación en la que la libre voluntad de las partes solo puede expresarse con respeto del principio de indemnidad (de allí devino la irrenunciabilidad como regla instrumental de orden público en la especie, otorgándole el carácter de unidireccional) .

El contractualismo, en los años de la octava década del siglo XIX, con la admisión del deber de reparar como contenido ineludible del contrato de trabajo, construyó la doctrina del riesgo profesional y sentó las bases del contrato de trabajo.

Esta nueva forma de apreciar la responsabilidad a partir de valoraciones económicas, desde el contractualismo, a mérito de la cuestión social y en la era de maduración del capitalismo, a partir de Delacroix (para el años 1885), devino en la doctrina de la responsabilidad por riesgo profesional.

Poco más adelante, Raymond Saleilles conectó los criterios fundacionales del contractualismo, con el extra contractualismo, (por medio del objetivismo), basándose en los artículos 1384 y 1386 del Código Civil francés, sosteniendo la obligación de reparar los daños sufridos con intervención de las cosas, escapando a los vericuetos de la culpa.[7]

Por ello es que en la misma línea argumental concluía Josserand que la ley imponía al empresario como carga el tener que responde en la industria aún en los daños producidos por caso fortuito. Sostenía: “las probabilidades desfavorables, los riesgos de la industria, de la profesión. El riesgo profesional, tal es el fundamento de la obligación que pesa sobre el industrial, sobre el empresario: el individuo que agrupa a su alrededor otras actividades, que se rodea de obreros y de máquinas, crea un organismo cuyo funcionamiento no marcha sin inconvenientes y puede ocasionar perjuicios, abstracción hecha de toda culpa

imputable a aquel que lo dirige; esos accidentes inevitables, que constituye peligros inherentes a la empresa, que tienen como único propósito el desenvolvimiento de la actividad humana hacia un fin lícito, constituyen precisamente, en su conjunto, el riesgo profesional; y ¿quién, pues, soportará este riesgo sino aquel en cuyo interés funciona el organismo que él ha creado?”.[8]

Para comienzos de siglo, esas ideas se incorporan a la jurisprudencia a mérito de los fallos del juez Ernesto Quesada y en la doctrina, a partir de las obras de Juan Biale Massé. Ambos se nutrieron en el contractualismo, desde su vertiente sociológica y formulando críticas al positivismo.

Es para entonces que Francesco Carnelutti,, escribió un meduloso trabajo publicado en la Rivista di Diritto Commerciale, al que tituló "Occasione del lavoro", publicado en 1905 y para 1913, dio a conocer su obra "Infortuni sul lavoro".

La aceptación del daño en ocasión, como suficiente factor atributivo de responsabilidad por riesgo en los accidentes de trabajo es formulada en la Ley de Accidente italiana de 1904 y mantenida en 1935, en el seguro obligatorio para accidentes de trabajo (art. 2 R.D. 17 de agosto de 1935, número 1765) amparando "todos los casos de accidente ocurrido por causa violenta en ocasión de trabajo".

En el ámbito nacional, desde el contractualismo, apoyándose en el sistemático italiano y la doctrina y legislación de su país, fue Leónidas Anastasi, como publicista y legislador, quien contribuyó al esclarecimiento del tema.[9]

En 1919, comentando un fallo de la Cámara Federal de la Capital, sostuvo Anastasi que no era necesario que el

accidente ocurriese durante el trabajo o en el momento del mismo, para que diere lugar a la indemnización reparativa.[10]

2.- LA ADMISIÓN DEL DAÑO EN OCASION EN LA LEY 12.631 EN EL AÑO 1940.

El factor atributivo de responsabilidad objetiva, fue dejando de lado el falso principio de que no hay responsabilidad sin culpa y se produjo a partir de la admisión sin tapujos de la doctrina del riesgo profesional, que en 1940, encontró su ápice de protección cuando por la Ley 12.631, modificatoria de la ley 9688, se incorporó en el art. 1o. de la ley reformada, los términos : "... por el hecho o en ocasión del trabajo", en lugar de, "...ya con motivo y en ejercicio de la ocupación en que se les emplea".[11]

El diputado Cisneros, informante de la ley 12.631, durante su debate parlamentario, sostuvo: "Debe existir una conexión de causa a efecto entre el trabajo y el accidente, pero con prescindencia del horario del trabajo, con prescindencia del lugar donde sucedió el accidente."... "Es un concepto de amplitud que importa una vinculación o un nexo mediato o inmediato, directo o indirecto, que exige ese nexo...."

La norma, corresponde a una iniciativa parlamentaria de los senadores Alfredo L. Palacios, Carlos Serrey y Laureano Landaburu. El primero fue el miembro informante durante el debate. En la Cámara de Diputados, contó con el apoyo de Leónidas Anastasi, que encontró en el proyecto que se habían recogido sus enseñanzas y labores de publicista incansablemente reiteradas por más de veinte años.[12]

La ley 12.631, tuvo el declarado propósito de llevar al derecho interno, el concepto adoptado por la Organización Internacional del Trabajo, "daño en ocasión del trabajo" y el de

incorporar a los trabajadores agrícolas a las protecciones atinentes a la ley 9688, conforme a las formalidades requeridas para la época por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que reclamaba la existencia de una norma expresa del derecho local y esto se imponía como necesario, sobre todo, atento a que por la Ley 12.232, la República Argentina había ratificado el Convenio Internacional No. 12.

Como natural consecuencia, de esa admisión legal del factor atributivo, "daño en ocasión", adquirió importancia jurisprudencial el tema del accidente in itinere, avanzando la jurisprudencia, en admitir la reparación de ese tipo de daños. Y más adelante, como un corolario desprendido de las nuevas valoraciones que acompañaban a la causalidad laboral, entendiéndola en su complejidad multicausal, se terminó por construir la teoría de la concausa y el instituto de la enfermedad-accidente. [13]

Para 1947, la Sala Ila. de la C.N.A.T, admitió uno de esos casos de accidente en ocasión del viaje al trabajo, lo que provocó un comentario de Benito Pérez, que trataba de precisar, a partir de las lecturas de Carnelutti, el límite entre el riesgo específico y el genérico, en la conceptualización del daño en ocasión.[14]

En el Plenario XXI de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, celebrado el 9 de noviembre de 1953, en la causa "Guardia, Rogelio Demetrio c. La Inmobiliaria (Cía. de Seguros)", se sentó la doctrina: "Constituyen accidentes del trabajo indemnizables, conforme al art. 1o. de la Ley 9688 los denominados in itinere, o sea que puede sufrir el obrero en el trayecto del lugar de prestación de tareas hasta su domicilio o viceversa".[15]

3.- EL RECONOCIMIENTO LEGAL DEL ACCIDENTE IN ITINERE POR LA LEY 15.448 EN EL AÑO 1960.

El derecho positivo, explícitamente consagró el instituto del accidente in itinere, con la sanción de la ley 15.448 (28 de octubre de 1960). Esta reforma legal agregó un segundo párrafo al art. 1 de la ley 9688, asumiendo lo que la jurisprudencia mayoritaria entendía por válido en cuanto a los alcances de la responsabilidad por riesgo en los contratos de trabajo, con la fórmula. "El empleador será igualmente responsable del accidente cuando el hecho generador ocurra al trabajador en el trayecto entre su lugar de trabajo y su domicilio o viceversa, siempre que el recorrido no haya sido interrumpido en interés particular del trabajador o por cualquier razón extraña al trabajo".

Las sucesivas reformas del régimen de accidentes, que siguieron con la norma de facto mal llamada ley 18.913, (B.O. del 31 de diciembre de 1970), y las sucesivas leyes 23.146, de año 1984, (vetada), 23.643 (última reforma de la ley 9688), 24.028 y 24.557 mantuvieron el instituto hasta el presente.

En consecuencia, lo que era admitido por cierto tribunales pasó a ser texto legal vigente expreso consagrado en el derecho positivo y el trabajador que se accidentaba en ocasión del viaje desde su domicilio al trabajo o de regreso al mismo, contó con la garantía de poder ser reparado por los daños padecidos, sin retaceos en torno al valor tarifario de la acción especial de la ley de accidentes.

Se precisó así, en el derecho positivo, que la responsabilidad objetiva por riesgo en el contrato de trabajo (por ende contractual), alcanzaba a partir del concepto en ocasión, que los riesgos durante el viaje y para cumplir con la jornada eran específicos (no genéricos), en relación al principio

de indemnidad y la ajenidad del trabajador al riesgo al que se sometía. Y que por ende, obligaban a la reparación por ser víctimas de daños, que sucedían en el umbral de riesgo que se constituía para el cumplimiento de los deberes contractuales.

Se trata de una responsabilidad que no excluye, ni transita por la misma vía atributiva de responsabilidad que las resultantes de hechos voluntarios del empleador, por el obrar con culposo, imprudente o doloso. Es una típica responsabilidad de garantía, contractual objetiva, por la que la generación del riesgo, atribuye responsabilidad, alcanzando incluso a los daños ocasionados por terceros ajenos al contrato de trabajo, con quienes el empleador no mantuviera vínculos de ningún tipo. Una responsabilidad tan amplia que no excluye ni siquiera al caso fortuito y la fuerza mayor.

La previsión que reconoce al daño "en ocasión", se mantuvo en la conceptualización protectoria trabajosamente construida hasta entonces por la doctrina, la jurisprudencia y el legislador. Construida siguiendo ese orden cronológico de gestación como condición alcanzada por una categoría social, por normas favorables al trabajador como individuo perteneciente a esa categoría, que reguló operativamente a los artículos art. 14 bis de la Constitución Nacional, (en el que se apoyan los principios protectorios y de progresividad) y el artículo 19 de la Constitución Nacional (que consagra el principio *alterum non laedere*).

Adviértase por consecuencia que los principios generales en el derecho social, jerárquicamente se constituyen en normas de normas, y no sólo son reglas para la interpretación del derecho.

Como factor atributivo de la responsabilidad por daño, el concepto en "ocasión" es amplio y flexible. Fue construido en

función de la responsabilidad objetiva por riesgo que tiene lugar en relación a las prestaciones del contrato de trabajo y considerando al trabajador en su condición de persona sujeta a especial protección constitucional.

Es el factor atributivo de responsabilidad que es asumido plenamente cuando se llega a entender plenamente el deber de indemnidad, en su dimensión propia de una obligación de resultado propia de ver de seguridad en un juicio de valor.[16]

Es en ese contexto, que el mismo sirvió de base para el desarrollo del instituto de la concausa laboral, que difiere de la concausalidad civil en los términos en que se formula en el derecho igualitario.

Aquellos que resistieron a la contractualidad del deber de seguridad y a la doctrina del riesgo, siempre fueron enemigos de aceptar la plena aceptación del instituto o lo retacearon en lo posible y en especial en cuanto al accidente in itinere y en cuanto a las enfermedades causadas por el trabajo, que no fueron admitidas legalmente como profesionales. Encontraron como influir al legislador de las leyes 24.557 y 26.773 y arrastrarlo a su arbitraria consideración del derecho de daños.

4.- LA LEY 24.557 Y SU REFORMA POR LA LEY 26.773.

Tampoco la Ley 24.557, con respecto a los accidentes se apartó del daño en ocasión, conforme a su texto, del art. 6o.

Desde el año 1960, en el derecho positivo argentino, hasta la reforma plasmada en el año 2012 por la ley 26.773, de la Ley 24.557, la tarifa legal no distinguió peyorativamente al daño en ocasión del viaje o durante el tiempo remunerado de la jornada legal.

Las leyes entendían la protección del trabajador asalariado dañado en un término amplio, admitiendo que para cumplir con la jornada es necesario viajar, desde y hasta el domicilio. Y que esto implica riesgos, que suceden para cumplir con el débito laboral.

El daño en ocasión era una generosa comprensión instrumental de la garantía de seguridad o principio de indemnidad del trabajador, concordantemente reconocido en el art. 76 de la Ley de Contrato de Trabajo, que obliga a reparar "los daños sufridos en sus bienes por el hecho y en ocasión del mismo", constituyéndose en la más amplia de las garantías de indemnidad y ajenización de los riesgos que el trabajo provoca, en la medida en que se admita que la salud y vida constituyen bienes.[17]

La medida era sabia. En época como la presente los problemas de seguridad, en muchos casos, hacen más riesgoso el viajar que el trabajar. Tanto por la precariedad de los medios de transportes a utilizar y el estado de la rutas, como por las condiciones de seguridad imperantes. Para muchos trabajadores, el viaje resulta mas peligroso, riesgoso y cansador, que cumplir con el trabajo efectivo apropiado por el empleador durante la jornada.

Como el contrato de trabajo supone una relación inter subjetiva en la que el trabajador es un ser humano, el que lo contrata para apropiarse de su actividad creadora, da por supuesto que la apropiación sólo es posible si esa persona viajó antes y después de la jornada para ello. La jornada tiene por vicaria al viaje. Y por esa razón del deber de seguridad, como garantía de indemnidad del trabajador, alcanza a los riesgos del viaje.

El tema, es paradigmático y se conecta con la concausa laboral (como sucede en las enfermedades-accidente que pretorianamente mantiene la jurisprudencia), por cuanto, el viaje en sí, se transforma en causa adecuada de exposición al riesgo, acompañando a otras, que también contribuyen a su causalidad, pero a los efectos de la atribución legal no invalidan una responsabilidad que alcanza incluso al caso fortuito y la fuerza mayor.

En consecuencia, hasta la sanción de la Ley 26.773, el trabajador que sufría un accidente de trabajo, contaba con el derecho a percibir el valor tarifario de la reparación. La reparación propia de la acción especial de las leyes reguladoras del infortunio obrero formaba parte de su patrimonio social de garantías.

La pérdida de ese estándar de protección implícita en el art. 3 de la Ley 26.773, afectó la garantía de seguridad e indemnidad propia de la tarifa legal y pese a que la ley 24.557, en su art. 6o. sigue calificando al accidente en función del factor atributivo por lo "sucedido en ocasión", con la quita del 20 por ciento que acompaña a la tarifa básica.

Adviértase que la reforma plasmada por la Ley 26.773, fue fundada sosteniendo que la tarifa anterior, era irrazonablemente baja por haber sido así declarado en innumerable planteos de inconstitucionalidad, admitiéndoselo en el debate parlamentario de la norma y en el mensaje de elevación de proyecto.

Esa reforma, agravia un derecho adquirido y consolidado, el de ser indemnizado sin retaceos con la tarifa legal, equiparando todos los daños en el viaje, a lo sufridos durante la jornada legal, por ser ambos alcanzados por el factor atributivo "daño en ocasión".

El cambio legal es peyorativo para las víctimas y ello violenta al principio de progresividad, que prohíbe al legislador retroceder en las garantías alcanzadas para la protección de un estado social derecho.

La reforma de la Ley 26.773, no alcanza a dejar sin efecto, el accidente in itinere, sufrido en ocasión del trabajo. Sólo ordena indemnizarlo por menor monto del que sostiene es el mínimo razonable de reparación del daño.

5.- EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA REFORMA.

Reaccionando contra ello, el Foro de Institutos de Derecho del Trabajo de los Colegios de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, en 16 de abril del 2014, a partir de una ponencia del doctor Juan J. Formaro, adoptó la Resolución: "Es aplicable a los accidentes in itinere la indemnización adicional del veinte por ciento por todo otro daño sufrido, dado que el art. 3 de la ley 26.773 ordena que la misma procede cuando el trabajador se encuentra a disposición del empleador, situación que se verifica durante su traslado".

Concordantemente la XVII Conferencia Nacional de Abogados, convocada por la Federación Argentina de Colegios de Abogados, celebrada en Posadas, Misiones, en agosto del 2014, debatido el tema en la Comisión No. 2, de Derechos Humanos y Sociales, en sus Conclusiones, sostuvo "En los daños sufridos in itinere, el trabajador se encuentra a disposición del empleador a los fines de la imputación de riesgos." [18]

El art. 3o. de la ley 26.773, en cuanto implica una rebaja arbitraria del derecho a percibir el monto tarifado del infortunio

en ocasión del viaje, por agraviar el principio de razonabilidad de la ley (art. 28 de la Constitución Nacional), operando regresivamente en el derecho positivo argentino, contrariando los principios de progresividad y protectorio (art. 14 bis de la Constitución Nacional) y de indemnidad del trabajador (art. 19 de la Constitución Nacional), debe ser sometido al control de constitucionalidad por los jueces.

La aceptación sin tapujos, ni retaceos, del daño en ocasión como factor atributivo de responsabilidad, corresponde a una obligación de seguridad y de resultado, contractual y propia del objetivismo. El valor en que se sustenta el instituto, se debe encontrar en que el riesgo que se corre en beneficio del empleador, obliga a éste a la reparación del daño que sufren sus trabajadores dependientes.

Si se indaga en la razón de ser de las tarifas legales con las que se garantiza esa reparación, el control de constitucionalidad de las mismas, siempre estará referido a la razonabilidad de las normas que se dictan con el fin de amparar a las víctimas. Los daños no reparados por insuficientes, no dejan de ser una forma de subsidiar la actividad de los dañantes.

Sus raíces profundas se pueden encontrar en el derecho romano, en las normas del contrato de mandato, que obligan al mandante a reparar los daños sufridos por el mandatario en el ejercicio de su función.

Sus previsiones se repiten en el Código Civil que entrará a regir en año 2016, en su art. 1328, inciso b), que mantiene las disposiciones del Código reformado en cuanto al mandato.

Pero han sido escamoteadas en el contrato de servicios, al dejar de reiterar para el mismo, las previsiones de los arts 1953 y 1954 y el envío del art. 1870 inc. 4.

La laguna que se crea en el derecho civil reformado, no existe en el derecho laboral, donde la Ley de Contrato de Trabajo 20.744, instituyó la responsabilidad contractual objetiva por riesgo, en su art. 76. Y además el nuevo Código admitió algo que a los enemigos del contractualismo laboral les cuesta asimilar. Prevé el art. 1252, 2º párrafo: “Los servicios prestados en relación de dependencia se rigen por las normas del derecho laboral”.

El recordatorio no es tan inocente como parece, si se tiene en cuenta la importancia que se le dio al tratamiento del llamado contrato de servicios, (una forma de hacer renacer a la locación de servicios como el ave fénix lo hizo de sus cenizas), cuando el fraude laboral propio de la flexibilización que lo impulsa, se generaliza en contrataciones de ese tipo, por todo tipo de empleadores y en especial, por el Estado.

La desprolija reforma del derecho de daños común, en esta materia tiene que ser estudiada y aplicada en relación a la teoría general de la responsabilidad, teniéndose en cuenta que el nuevo Código, acertadamente trata de superar la división antinómica entre responsabilidad contractual y extracontractual.

También, que cuando desarrolla la responsabilidad objetiva en los arts. 1757 y 1758[19], realza el papel de la actividad riesgosa como factor atributivo, aunque mantiene el difuso concepto del hecho de las cosas riesgosas que responsabilizan al guardián y el propietario, dejando de comprender que la materia a regular es la conducta humana del propietario y guardián. No es razonable atribuir conducta a

las cosas, lo que si bien es heredado del derecho romano y ha sido la base primaria del objetivismo, no deja de ser una reminiscencia propia de la cultura animista.

Para el sector de la jurisprudencia y doctrina que sigue necesitando de fuentes normativas propias del derecho civil y comercial, para dejar de aplicar las que les resultan demasiado adelantadas normas del derecho del trabajo y que solo visualizan al mismo, como un derecho de transacción y tarifario, esos seguirán siendo los instrumentos invocables, en los que podrán seguir apoyándose.

Por nuestra parte, obstinadamente seguimos sosteniendo que la responsabilidad básica laboral, que nos permite acceder tanto a la tarifa sin retaceos, como a la reparación plena, sigue siendo contractual, objetiva por riesgo, corresponde al deber de seguridad que garantiza el principio de indemnidad del trabajador y se ejercen en las acciones que le son atinentes, un juicio de valor, en que siempre se puede tratar de probar un daño mayor al tarifario, a mérito de una obligación de resultado.

[1] Puede consultarse del autor: Comentarios a la reforma de la Ley de Accidentes del Trabajo. Ley 9688. Ley 23.643. Ediciones Organización Mora, Buenos Aires, 1989, 278 págs. Con prólogo del doctor Rodolfo Capón Filas. Derecho de Daños Laborales. Las acciones comunes en los infortunios del trabajo. Editorial Némesis, Buenos Aires, 1992. 301 páginas. Con prólogo del doctor Juan Carlos Fernández Madrid. La Responsabilidad. Homenaje al profesor doctor Isidoro H. Goldenberg. Obra colectiva coordinada por Atilio Aníbal Alterini

y Roberto M. López Cabana. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, a cargo del capítulo “El artículo 1113 del Código Civil y los infortunios laborales. La vigencia de la doctrina del riesgo”, p. 851 y ss. Control de constitucionalidad de la Ley de Riesgos del trabajo 24.557. Editorial Joaquín Fernández Madrid, Buenos Aires. 1997. 353 págs. Con prólogo del doctor Isidoro Goldenberg. Reforma laboral. Análisis crítico. Aportes para una teoría general del derecho del trabajo en la crisis. Editorial La Ley, Buenos Aires, 2001. 348 págs.

[2] Usamos el término arquitectónico para que ayude a comprender al derecho como la casa del poder.

[3] Ver del autor: El principio de indemnidad y la formulación de un derecho de daños laborales, publicado en el Tomo de ponencias de las Segundas Jornadas sobre Responsabilidad Laboral: “Los Principios del Derecho del Trabajo y las Obligaciones Laborales”, celebradas en la ciudad de Mar del Plata, los días 10 y 11 de diciembre de 1992, pág 33. También publicado en la revista Doctrina Laboral, Errepar, Buenos Aires, abril de 1993, año VIII, n° 92, tomo VII, pág. 379. El principio de indemnidad del trabajador y la obligación de prevención y seguridad del empleador, en revista Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 8 de septiembre de 1993, n° 5845, pág. 18.

[4] Guido Fusinato, (1860-1914), “Gli infortuni sul lavoro e il diritto civile”, en la Rivista Italiana per la Scienze Giuridiche Vol III, 46-70; 181-233, 1887.

[5] Ver su estudio “El derecho al producto íntegro del trabajo” y en especial su libro “El derecho civil y los pobres”. Edición en castellano, prolongada por Diego Lamas, revisada y corregida por Adolfo G. Posada. Editorial Atalaya, Buenos Aires, 1947.

[6] La explosión de una caldera en un taller de la ciudad de Bruselas, provocando cinco muertes y siete trabajadores heridos, provocó actuaciones judiciales en las que no se pudo probar la causa del siniestro, reclamada la reparación de los daños sufridos por la viuda del trabajador Teffaine, se llegó a una sentencia que ordenó la reparación, sin adjudicar responsabilidad por culpa al empleador y avivó el debate que en la doctrina jurídica, décadas antes habían desencadenado Fusinato y Menguer. Debate sin duda inspirado en la sensible consideración de la cuestión social, que imponía límites en la apropiación de la plusvalía.

[7] Raymond Saleilles, publicó "Les accidents du travail et la responsabilité civile" en 1897.

[8] Louis Josserand, "Sobre la responsabilidad del hecho de las cosas inanimadas", 1897, p. 103 y "Cours de Droit Civil positif français", 2ª edición, T. 2. No. 412-418. Ver: Adrien Sachet, "Tratado teórico práctico de la Legislación sobre Accidentes del Trabajo y las enfermedades profesionales", Editorial Alfa, Buenos Aires, 1947, T 1, p. 9.

[9] En homenaje a Leónidas Anastasi, al cumplirse un año de su fallecimiento, la Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la Universidad Nacional de La Plata, publicó una obra de 760 páginas con trabajos de importantes publicistas. La contribución de Juan D. Ramírez Gronda, se titula "La interpretación dada por el Dr. Leónidas Anastasi, a la fórmula en "ocasión del trabajo", contenida en las leyes sobre accidentes indemnizables", (pags. 477 y ss.) en la que se reseña la importancia de la labor esclarecedora de ese maestro, cuya muerte se produjo cuando era diputado nacional en el mismo año en que se sancionó la ley 12.631. También se destaca en ese sentido trabajo de quien fuera su colaborador

en la cátedra, que el daño en ocasión era el criterio adoptado por Organización Internacional del Trabajo.

[10] Ver Jurisprudencia Argentina T III, p. 114, comentario al fallo de esa Cámara, dictado en autos "Colucci de Devoto c. Mullen", del 14 de mayo de 1919.

[11] Teniendo en cuenta la fuente doctrinal italiana del concepto "daño en ocasión", Mario L. Deveali, ejerciendo la dirección de la Revista Derecho del Trabajo, para entonces recientemente aparecida, publicó en el Tomo I, el trabajo del jurista Doménico R. Peretti Griva, quien era Consejero de la Corte de Casación de Italia, titulado "Sobre el accidente "in itinere", (D.T. Tomo 1, año 1941, p. 266 y ss.). El estudio tuvo en cuenta especialmente nuestra legislación y ese doctrinario italiano, se transformó en asiduo invitado a colaborar en esa publicación.

[12] Enrique Fernández Gianotti, redactó el comentario a la norma que se le encomendara para Anales de Legislación Argentina (Tomo 940), cuando la ley fue publicada en el Boletín Oficial el 30 de julio de ese año. Reseñaba el comentarista, el discurso de Palacios y destaca que al tratarse en la llamada Cámara joven la iniciativa, el diputado Cisneros, como informante, incorporó un Informe con la opinión de Anastasi, que había fallecido en enero de ese año.

[13] Instituto que alcanzó su expresa positivización en 1988, con la Ley 23.643, pero desde décadas antes era admitido como creación jurisprudencial pretoriana y favorecido desde que en 1970, la mal llamada ley 18.913, dispuso que el art. 22 de la ley 9688, "Se considerará enfermedad profesional toda aquella que sea motivada por la ocupación en que se emplee al obrero o empleado".

[14] Ver: Benito Pérez, "Accidente "in itinere", comentario al fallo "Ortiz, Juan Delio c. Lambertini, Adolfo e Hijos", 22 de marzo de 1947, en revista D.T. 1947, p. 393.

[15] Ver: revista D.T. 1953, p. 677 y ss. En el mismo sentido, ya se había anticipado la S.C.J.B.A, el 8 de septiembre del 1953, en la causa "Castillo, Sandalio c. Caja Mutua Patronal de Panaderos", (ver en rev. D.T. 1953, p. 675).

[16] Un ejemplo de conceptualización de ese tenor del principio de indemnidad les permite a Juan Carlos Fernández Madrid y Amanda B. Caubet sostener: "Se trata de una obligación de seguridad objetiva fundada básicamente en el principio de buena fe (art. 63, LCT y art. 1198, CC), y explícitamente en los artículos 75 y 76 de la ley de contrato de trabajo (LCT)." (El deber de seguridad y los riesgos del trabajo", en Doctrina Laboral Errepar, No. 338, octubre del 2013, p. 1047 y ss.).

[17] Formulamos esta aclaración porque cierta jurisprudencia y doctrina no lo cree así. Lo hace para respaldar la tesis de que la única acción contractual laboral en materia de protección de la salud y vida de los trabajadores es tarifaria. Tesis que lleva irremediablemente a confrontar con el derecho constitucional a alcanzar la reparación plena y opone entre sí antinómicamente distintas normas dictadas en el tiempo, con el mismo fin protectorio.

[18] Fue presidente de esa Comisión el doctor Juan J. Formaro. Ver su obra "Riegos del Trabajo", Hammurabi, Jose Luis Depalma. Editor, Buenos Aires 3a. edición actualizada y ampliada, donde hace una prolija consideración de las previsiones legales en relación al instituto del accidente in itinere.

[19] Texto de los mismos: ARTÍCULO 1757.- Hecho de las cosas y actividades riesgosas. Toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización.- La responsabilidad es objetiva. No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención.- ARTÍCULO 1758.- Sujetos responsables. El dueño y el guardián son responsables concurrentes del daño causado por las cosas. Se considera guardián a quien ejerce, por sí o por terceros, el uso, la dirección y el control de la cosa, o a quien obtiene un provecho de ella. El dueño y el guardián no responden si prueban que la cosa fue usada en contra de su voluntad expresa o presunta.- En caso de actividad riesgosa o peligrosa responde quien la realiza, se sirve u obtiene provecho de ella, por sí o por terceros, excepto lo dispuesto por la legislación especial

VI.LA TENTACIÓN TOTALITARIA.

Editorial de la revista La Defensa (No. 3, diciembre 2016

//www.ladefensa.com.ar

El abogado, por ser necesario a su condición profesional, ejerce la defensa emulando a Heráclito, y a mérito de la verdad plantea, de ser necesario, la falsedad de la tradición.

Hay una falsa tradición de ideología de raíz totalitaria referida a la censura del juicio y prácticas supuestamente abusivas de la defensa.

Le teme al conflicto, ignorando que la propia vida es un permanente conflicto con la muerte. Y requiere coraje y dignidad para asumirla. Dignidad en la forma de enfrentar ese conflicto inevitable.

Para Heráclito nacido en el año 540 anterior a nuestra era, la justicia (dike) es conflicto y todo adviene según el conflicto, generado por la necesidad.

Castoriadis sostiene que “la armonía más hermosa es aquella producida por entidades en conflicto, y todo adviene según la eris, discordia y disputa”. [1]

El miedo al conflicto y la falta de capacidad para generar armonía entre los contrarios a partir del juicio que procesa las diferencias, es nota característica de los gobiernos que laten al compás de la vena totalitaria.

Dueños absolutos de verdades que no son tales, eligen el camino aparentemente simple de la censura de las instituciones que deben procesar las discordias.

El libre acceso al procesamiento judicial de los conflictos es señal de salud republicana y madurez democrática.

Cuando una sociedad pasa por una crisis económica, los conflictos se agudizan, como consecuencia de ella.

El gobernante inepto crea mecanismos, para escapar del conflicto y ante su incapacidad para solucionarlo, pasa por alto la causa real y demoniza al síntoma de la discordia. Las cuestiones sociales para ellos se tornan en malditas.

Cuando los Ministros de Trabajo de la Naciones de Europa, salen a justificar la regulación legitimada de jornadas de 60 o 70 horas semanales, a partir del orden económico de la decadencia, ¿sirve el recordar la ignominia del proceso de los Mártires de Chicago?.[2]

¿Tiene acaso sentido advertir sobre la vigencia de las constituciones sociales ante la prepotencia de las burocracias políticas y económicas que se montan sobre la crisis, para practicar una extorsión tantas veces repetidas en la historia?

Los abogados corruptos, los jueces venales, las complicidades políticas, no cambian la naturaleza de la cuestión que planteamos. La desnudan.

El irrestricto derecho a la defensa, afirmado en la garantía del debido proceso judicial ante el juez natural, sirve para encontrar las causas de las discordias y sustentar valores en la sociedad que las superen.

Las medidas tomadas en materia previsional (ley llamada de reparación histórica en cuanto a la instrumentación de la defensa a partir de acuerdos basados en la extorsión afirmada en el estado de necesidad sobre la que informamos en los números anteriores de La Defensa Ver No. 1) y propiciadas en la reforma de la ley de riesgos del trabajo, (que encaramos críticamente reiterando posiciones del IDEL, en el presente ejemplar) pasan por el mismo conducto ideológico y recorren el camino arbitrario de obstaculizar el acceso irrestricto al juicio, para los sectores más necesitados de la población.

A los abogados nos preocupa, que esas medidas sean tomadas en medio de una campaña de desprestigio que afecta a los que ejercen su profesión llevando a los estrados de la justicia, los reclamos de los que sufren la crisis en mayor medida.

Esas medidas del poder administrador, no se diferencian en sus motivaciones profundas de la doctrina sentada por la Corte en la causa "Orellano c. el Correo oficial", en la que se rechazó la tesis defendida por el que esto escribe, en cuanto a que el derecho de huelga, para los trabajadores se trata además de un derecho fundamental de naturaleza gremial base de la libertad sindical, un derecho individual de incidencia colectiva.[3]

El miedo al conflicto y como consecuencia su censura, es particularmente preocupante cuando pasa a inspirar el poder judicial.

Pero más nos preocupa la suerte de toda de la ciudadanía, que como la historia lo enseña, comienza en el destino de las víctimas elegidas como chivos expiatorios, de un orden injusto en el que los conflictos sean ignorados.

Porque con la suerte de algunas víctimas se comienza y también ella es nuestra suerte. La defensa nos pone en la línea de fuego. Y así debe ser en una democracia republicana, afirmada en el federalismo, gran problema institucional también eludido, abordado en éstas páginas.

[1] Cornelius Castoriadis, Lo que hace a Grecia. I. De Homero a Heráclito, Fondo de Cultura Económica, 2006, Buenos Aires, pág. 279.

[2] Ver nota al final de la Portada, con la crónica de José Martí.

[3] Puede verse en la solapa Media de esta revista, el Informe como "amicus curiae" que el autor llevó a cabo, en la audiencia pública convocada en esa causa, previo a dictar sentencia, por la Corte

VII. EL DAÑO EN OCASIÓN. LA LLAMADA ENFERMEDAD-ACCIDENTE. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES 24.557 Y 26.773.

Publicado en Revista Doctrina Laboral y Seguridad Social de Abeledo Perrot, del 5 de marzo del 2015.

1.- UN CASO QUE OPERA COMO DISPARADOR.

La Sala Laboral del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, en la causa “Latzke vda. De Nelly y María Giovo y otros c. Boston Compañía Argentina de Seguros- Ley 24.557 “, el 19 de diciembre del 2013, revocando una sentencia del inferior, condenó a reparar como infortunio de trabajo, el fallecimiento de un trabajador a raíz de haber padecido un infarto, cuando en el yacimiento de trabajo de la empleadora, practicaba “footing”.

El caso fue encuadrado como un accidente de trabajo ocurrido en ocasión de las tareas prestadas, en relación con las modalidades de trabajo especiales en las que se cumplía el débito laboral.

Encontramos en el fallo aciertos en las consideraciones de lo que constituye el factor atributivo de responsabilidad, que conceptualizamos como el daño en ocasión, que llevan a decidir en tan especial caso el de la de la muerte por infarto, a la aceptación del caso como infortunio alcanzado por las protecciones que para las víctimas y sus empleadores crea la Ley de Riegos del Trabajo 24.557 con sus sistema de externalización de costos empresarios.

Sin embargo, sostener que el fallecimiento de un trabajador haciendo footing, por padecer un infarto, es un accidente no

soporta el análisis lógico de la cuestión. Se trata de un infortunio laboral, pero no precisamente de un accidente de trabajo.

De atenernos a lo expresado en el fallo, el infortunio correspondía a un fallecimiento por una enfermedad cardiovascular y no a un hecho súbito y violento que padeciera el actor.

Consideramos que a las enfermedades no listadas, también se impone el factor atributivo de responsabilidad, daño en ocasión, no porque esté en la Ley 24.557 admitido, pero sí porque deviene por lógica luego de la declaración de inconstitucionalidad del “numerus clausus”, que surge del art. 6 de esa norma, (que debe ser declarado expresamente inconstitucional al respecto. En consecuencia, se nos ocurre formular estas precisiones necesarias, en relación a este tipo de casos paradigmáticos, que llevarían a una resolución análoga de la cuestión, pero por distintos fundamentos.

También creemos, que esa diferenciación, es de singulares consecuencias prácticas en relación a cuestiones que arrastran a tener que visualizar la confusa relación del accidente de trabajo y la enfermedad causada por el trabajo, a los que hermana, en todo lo que hace a su reparación, las consideraciones de las secuelas, como lesiones a la integridad psicofísica o la muerte de las víctimas. Que de eso se trata el infortunio obrero, en relación a los leyes que regulan tanto su prevención, como la reparación de los daños sufridos. Son escudo protectorio de la incolumidad del asalariado.

II. ENFERMEDADES Y CONDICIONES DE TRABAJO.

Las condiciones en que se trabaja en el país, provocan enfermedades que causan la muerte o invalidan y que alarman por su significación.

En la construcción y en la minería, el 65 % de las jubilaciones que se otorgan, son de edad anticipada, por causa de invalidez. Son las condiciones de trabajo cumplidas lo que genera la incapacidad que debe socorrer el sistema previsional. Pese a que el trabajador de la construcción accede a los cincuenta y cinco años al beneficio ordinario previsional, pero esto no impide que las jubilaciones por invalidez sean otorgadas en tal alta proporción y a temprana edad.

La mayor parte de esas prestaciones de la seguridad social, responden a enfermedades causadas, concausadas o agradas por el trabajo. [2]

El trabajo agrario no escapa a lo cánones de la construcción o la minería. Carlos Aníbal Rodríguez, quien fuera médico laboralista, docente universitario y Director Nacional de Seguridad e Higiene en distintos gobiernos y Ministro de Salud en la Provincia de Santa Fe, sostiene: "Si se estudian los datos oficiales –indicaba el - todos mueren víctimas de un rayo. Si bien hay regiones con descargas eléctricas, obviamente, hay otras causas de mortalidad (como envenenamiento por plaguicidas) que nunca aparecen".[3] Y pese a que en nuestros campos (se certificó en la investigación ya detallada) es común el uso de agroquímicos prohibidos en otros países, como los arsenicales, mercuriales, paraguat, estricnina y sulfato de talio.

Es a partir de esa realidad, que debe ser considerado el sistema legal vigente de prevención y reparación de daños.

Es notorio que la aplicación del sistema de la LRT 24.557, dista mucho de dar efectivas respuestas y esto quedó evidenciado

en la notoria falta de otorgamiento por prestaciones dinerarias y en especie, correspondientes a enfermedades causadas por el trabajo.

Cuando el sistema de externalización de costos empresarios a partir de seguros sociales obligatorios, llevaba más de un lustro, garantizando al riesgo de empresa, la Superintendencia de Riesgos del Trabajo informó que sobre 329.000 personas siniestradas en el año 2002, los accidentes de trabajo cubrieron el 81,81 % de las prestaciones otorgadas; por reagravaciones se cubrió el 4,13 %; por accidentes “in itinere”, el 12,52 %; por enfermedades profesionales sólo se otorgó el 1,54 % de las prestaciones (por hipoacusias el 1,23 % y el resto de las enfermedades alcanzó al 0,31 %).[4]

Desde entonces y pese al tiempo transcurrido, la situación no ha variado sustancialmente. Para el año 2013, el Informe Estadístico de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, da cuenta que las prestaciones otorgadas para las enfermedades profesionales es del 3,7 por ciento del total.

El informe consigna que las prestaciones otorgadas para los accidentes de o en ocasión de trabajo fue del 68,5 por ciento del total; el 20,6 por ciento fueron prestaciones por accidentes in itinere y el 7,2 por ciento correspondieron a reagravaciones.

Lo cierto es que el sistema ha actuado como una vallado infranqueable para que la mayor parte de los trabajadores enfermos por causas laborales, no accedan a las magras reparaciones tarifadas en esa clase de infortunios.

Si en un país normal y de desarrollo análogo al nuestro, las enfermedades causadas por el trabajo, pueden alcanzar a ser un 60 por ciento del total de los infortunios y el sistema argentino sólo otorgó el año pasado, prestaciones por el 3,7

por ciento del total de los infortunios procesados, es de suponer que se evadió prestaciones el 56,3 por ciento de los casos y de ellos sólo una pequeñísima parte consiguió reconocimiento por vía de procesos judiciales que pasaron por los planteos de inconstitucionalidad de la Ley 24.557.

Esa evasión es el resultado de la falsa dicotomía enfermedad y accidente, que luego declina en la antinomia enfermedad profesional versus enfermedad accidente. Y todo el esquema se sostiene a partir de negar a las enfermedades el factor atributivo de daño en ocasión del trabajo, cuando no existe razón alguna que impida reconocerlo, como se terminó haciendo para los accidentes.

En realidad, desde 1996, para las enfermos víctimas de daños laborales, nada pudo conseguir de importancia el sistema de cobertura de esa clase de infortunios, para cambiar un estado de cosas que en esta materia era grave de por sí, antes de sancionarse la Ley 24.557.

Las enfermedades, salvo raras excepciones, no alcanzan a recibir prestaciones del sistema que debería otorgarlas y siendo la aseguradoras las que cuentan con la decisión de reconocer a los infortunios obreros como tales, la cuestión se resuelve a partir de la ley de maximización de los beneficios que toda sociedad anónima tiene por paradigma en la supuesta economía libre. La declaración de las A.R.T., de que la enfermedad es inculpable, preexistente, no listada, o no deja incapacidad, cesa con el otorgamiento de las prestaciones y termina derivando al enfermo a su obra social, su prepaga, el hospital público o su tratamiento privado. La Superintendencia que debe revisar ese acto administrativo, terminó siendo funcional a los intereses de las aseguradoras. .

Las enfermedades causadas por el trabajo, son en el presente las nuevas protagonistas del infortunio laboral, debiéndose ello en gran medida, a las nuevas formas de la organización del trabajo y al mejor conocimiento de las causas determinantes alcanzadas por la medicina de la incidencia de las condiciones laborales como factor causal de daños en la integridad psicofísica.

El necesario procesamiento administrativo o judicial de los reclamos que ellas generan, no refleja el problema de fondo en toda su intensidad, y las estadísticas que se dan a conocer, basadas en datos insuficientes y amañados, poco aportan para aclarar este gravísimo problema de la salud pública.

El medio laboral, a partir de las políticas imperantes a favor de la flexibilización, se tornó cada vez más agresivo para los trabajadores, y resultó esencialmente dañino. Es un medio que expulsa del mercado de trabajo a los enfermos y los deja en la marginalidad.

3.- LA ENFERMEDAD Y SU VINCULO CAUSAL LABORAL.

Desde la psicología social, Enrique Pichón Riviere enfocaba a la enfermedad como un fallido intento de adaptación al medio. El concepto tiene plena virtualidad cuando se lo instala en el infortunio obrero como instituto del derecho social, (tanto la enfermedad causada por el trabajo -listada o no- como el accidente que deja secuelas). [5]

Por eso es que la distinción entre enfermedades y accidentes, fue perdiendo sentido en lo que hace a la problemática de la causalidad de ambos tipos de infortunios.[6]

El tiempo y el espacio integran la fantasía conciente del juicio de responsabilidad, que culmina con la declaración del infortunio laboral como tal, desprendiendo de esa declaración

los derechos reparadores, en relación a un vínculo inter subjetivo contractual, que está motivado en la apropiación legitimada del trabajo del asalariado. El juicio de valor, con su sentencia como declaración de certeza, crea el título de una reparación que reviste el carácter de alimentaria y que protege a un sujeto que la Corte declaró en sucesivos fallos como de necesaria consideración tuitiva como de especial consideración como persona a la luz de los derechos constitucionales y de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y Sociales.

Esa declaración de certeza, (reconocer al infortunio laboral como tal, reparando a una persona), sólo es posible si se da por probada la causalidad laboral del daño y para ello en análisis de vínculo causal por un juez natural y especializado es determinante.

Indagamos antes recordando a Pichón Riviere, por que se trató de un psiquiatra argentino que profundamente analizó la cuestión de los vínculos en relación a la enfermedad. Sus desvelos médicos nos resultan significativos para el saber jurídico, en cuanto el mismo los asimile para nutrirse.

Para precisar la noción del vínculo en relación a la enfermedad, lo definió "como a una estructura compleja, que incluye un sujeto, un objeto, su mutua interrelación con proceso de comunicación y aprendizaje".

La noción del vínculo llevada al juicio de responsabilidad con su vocación de trascendencia (interacción de circuito abierto, de trayectoria en espiral y relación dialéctica) o de vocación de intromisión (interacción de circuito cerrado, con vicios de estereotipia, circuito circular y relaciones antinómicas), nos obliga con referencia a la pluridimensión de la casualidad, (con la que no hemos comprometido) o a la dimensión lineal, (que cumpliera una etapa histórica superada de la causalidad).

En el juicio de daños por el infortunio ese vínculo tripersonal (o multipersonal) integra a dañante y dañado en situación y con el medio (los terceros en sus manifestaciones colectivas o públicas).

Ninguna ley resulta razonablemente válida si impide el juicio de responsabilidad como ruptura del aprendizaje dialéctico de la realidad, referido a la función del juez natural, que declara la verdad jurídica, en la disputa de las partes.

En ese sentido, el juicio de daños es el acto reparador de la quebrada indemnidad, adaptado en el tiempo y verificado en el espacio. Un tiempo irrecuperable, en el que el operador jurídico cumple la función de paliar las consecuencias del infortunio ya acaecido.

Un juicio que verifica el vínculo patológico, entre dañante y dañado, sin relación adaptativa activa al medio.

Como tratamiento especial de la relación de daño lleva a una valoración del conflicto no integral.

4.- LA CAUSALIDAD LABORAL ADECUADA EN RELACIÓN CON EL DAÑO EN OCASIÓN.

El infortunio laboral, motivo de la legislación tuitiva de riesgos del trabajo, tiene desde sus mismas nacientes como instituto, dos grandes vertientes: el accidente de trabajo y las enfermedades causadas por el trabajo. Los dos tipos, a esa legislación, merecen tratamiento legal en función de las muertes y lesiones parciales que acarrean, pero si bien en el accidente la causalidad desde temprano fue reconocida en función del daño en ocasión, con referencia a las enfermedades, sin razón lógica alguna para la distinción, ese factor atributivo de responsabilidad, ha sido y sigue siendo retaceado.

Esto es similar para los sistemas de internalización de costos empresarios, (como el francés que inspiró a las leyes argentinas 9688, sus reformas y la ley 24.028), o el sistema de externalización de costos empresarios (como el alemán, mal asimilado por la ley 24.557).

La causalidad del infortunio es la que determina la calificación del mismo como laboral tanto en uno como en otro caso, pero el derecho positivo les ha dado distintos tratamientos, contra la lógica sistémica que impone el acatamiento al principio de indemnidad del trabajador.

De la calificación del infortunio, en función de la causalidad del mismo, depende el acceso a las prestaciones propias del sistema de la seguridad social, y también las acciones que permitan la reparación plena del daño. Acciones éstas que se desprenden del contrato mismo, (contractuales), como prestaciones impuestas por el ius cogens que integra el núcleo irrenunciable de condiciones impuestas por el orden público social, respondiendo al deber de indemnidad mediante de obligaciones de seguridad y de resultado. Y también, las acciones propias de la responsabilidad por actos ilícitos culposos o dolosos, propios del derecho de la seguridad e higiene, que pueden agravar la responsabilidad alcanzada por las contractuales puras. Las acciones por actos ilícitos, no dejan de pluridimensionar la responsabilidad contractual, pero la agravan en cuanto responden para su juzgamiento a las reglas propias de la responsabilidad subjetiva en cuanto refieren a la declaración de certeza del acto ilícito cometido. Todas éstas últimas, (sean según el caso, de medio en la violación genérica del proceder culposo o de resultado, en la violación de las figuras tipificadas del acto ilícito por la ley), presuponen una responsabilidad latente y contractual, que permite el acceso a los beneficios de la seguridad social, sin

perjuicio del agravamiento de la responsabilidad a mérito de la ilicitud declarada.

El legislador de la ley 24.557, mantuvo para los accidentes de trabajo, el factor atributivo de responsabilidad, correspondiente a la garantía de seguridad en los contratos, como correspondía a una ley que se apoyaba en la construcción histórica del contractualismo y la doctrina del riesgo profesional. El daño en ocasión es el factor suficiente que la ley operativa admitió en las relaciones contractuales que corresponden a la apropiación legitimada del trabajo asalariado.

Esa conceptualización del factor atributivo de una responsabilidad objetiva, ajena a la problemática de la culpa o el dolo, aceptado en el derecho positivo en las leyes de accidente a partir de 1940, (con la sanción de la ley 12.631), pero había sido construida trabajosamente por la doctrina y la mas avanzada jurisprudencia, con anterioridad a la sanción de esa ley.

Su aceptación no resultó sencilla, convengamos que su abordaje por la jurisprudencia, no dejó de ser confuso.

El daño en ocasión vino de la mano del accidente in itinere, y con el tiempo también ingresó en la consideración de la enfermedad.

Se terminó por entender que si la ocasión era válida para atribuir responsabilidad, con referencia a actos lícitos y daños producidos por terceros que no tenían que ver directamente con las conductas prestacionales y alcanzaba a las consecuencias indirectas de hechos dañosos, en hechos súbitos y violentos, lo cierto es que la lógica de atribución con tanto o mas razón a las conductas prolongadas en el tiempo,

motivadas directamente en la ejecución de los débitos laborales.

Si bien las primeras leyes obreras calificaban a la enfermedad causada por el trabajo como profesional, con una determinación precisa en sus textos de las únicas que así podían reconocerse, la razonabilidad de la lógica atributiva de responsabilidad por riesgo, terminó por imponerse en el tratamiento de las enfermedades, que declinaron de profesionales, en enfermedades-accidente, entendiéndose por tales todas aquellas que un juicio de valor, se probaran que respondían también al daño en ocasión.

Fue Juan Bialet Massé, quien en 1904, reveló el rol cercenador de los reclamos de las enfermedades, en relación con los listados, en la mordaz crítica que formulara a la ley francesa de accidente del año 1998, en su "Tratado de la Responsabilidad Civil bajo el punto de vista de los accidentes de trabajo", obra pionera del derecho de daños argentino.

En ese estudio el abordaje, de la cuestión es desnudado de la tramposa dicotomía enfermedad o accidente, por cuanto el médico y jurista trata al daño a partir del enfermo y sus lesiones, en relación con la causalidad laboral y pone de manifiesto que ésta no distingue entre hechos súbitos y violentos que lesionan y mutilan y largos procesos progresivos que enferman. Puso de relieve que el hecho accidental interesa en medida de la lesión, como enfermedad.

Decía Leonidas Anastasi, estos conceptos que el refería a los accidentes, pero tienen la misma validez para las enfermedades: "Yerran los tribunales que expresan que existe la obligación de indemnizar no sólo los accidentes ocurridos directamente del trabajo, sino también aquellos en que el trabajo se presenta como causa mediata, y concurrente. Y el

error está en suponer que, directamente, el trabajo ocasione el accidente, cuando en realidad nunca puede actuar, sino como causa concurrente y mediata." [7] En las ciencias sociales, el problema de la causalidad sólo se aborda desde el pensamiento capaz de no extraviarse en la complejidad de la conducta humana.

Los listados de enfermedades profesionales refieren a la prueba de la causalidad laboral de determinadas enfermedades en relación a ciertas profesiones. El verdadero problema a dilucidar es el sentido que tiene que tener el listado a partir de lo que la doctrina calificó el *numerus clausus*.

La O.I.T. que empezó por reconocer sólo tres enfermedades profesionales, para 1925, reconocía quince y para 1980, había alcanzado a reconocer 29 grupos de enfermedades.

Pero lejos está ese organismo internacional en circunscribir el tema del riesgo profesional a las enfermedades listadas.

Por otra parte, como destacaban Alfredo H. Conte Grand [8] y Carlos A. Rodríguez, desde la seguridad social y la medicina del trabajo respectivamente, la Organización Mundial de la Salud distingue a las enfermedades profesionales de las enfermedades vinculadas con el trabajo. Y respecto a estas últimas expresa que "los estudios epidemiológicos han demostrado que en ciertos sectores de la población trabajadora se puede encontrar una mayor prevalencia o riesgo de enfermedades multifactoriales, como la hipertensión, trastornos del sistema locomotor, enfermedades respiratorias crónicas, úlceras gástricas y duodenales y una serie de trastornos de comportamiento." [9]

Para esos autores "El estudio de la Patología del Trabajo reconoce entonces dos tipos de patologías en el trabajador, las

enfermedades profesionales y las enfermedades vinculadas con el trabajo. Hacia las dos deberían dirigirse los esfuerzos preventivos y reparadores”.[10]

Las listas sirven para simplificar las pruebas en los procesamientos administrativos y en los juicios de reparación de daños, pero es un absurdo que se las instituya para impedir la defensa y negar el acceso al debido proceso judicial sustantivo.

Tampoco es razonable, como sucede a partir de la sanción del decreto 1278/2000, que los enfermos tengan que cargar con el peso de luchar contra las listas y conseguir sus cambios. Ellos no son responsables de las falencias burocráticas de la administración. Ni siquiera de los atrasos de la medicina laboral, o de la lenta captación que de ella hace el derecho.

Como bien se ha señalado, las enfermedades profesionales de por sí, no deberían dar motivo de reclamaciones de reparación, por cuanto conocidas, su producción tiene lugar por la falta de prevención. De las conductas que no tendrían que haberse producido. De gran utilidad para la inspección del trabajo y el ejercicio de la policía, en las causas individuales de reparación, sólo simplifican al juez, por vía presuncional la problemática de la causalidad. Pero no pueden ser confundidas con la razón de ser de la causalidad.[11]

La complejidad del trabajo y la economía moderna, genera daños y enfermos de tal manera que se desafía constantemente, la presunción de conocimiento total positivizado, único y rígido de una realidad que demuestra de innumerables formas, que la producción se afirma demasiadas veces en la burla de los derechos humanos que hacen a la preservación de la salud y vida.

Y todo ello se produce por una desvirtuación de la doctrina del riesgo a causa de variar el sujeto protegido ante el mismo. Ya que el riesgo que atribuye la reparación a favor de la víctima, se transforma en el riesgo de la empresa que exime de responsabilidad al dañante, por la condición de asegurado.

En esto no descubrimos nada nuevo. Bialeto Massé, criticando a la legislación francesa, señalaba que lo que se llama riesgo profesional, debería ser llamado riesgo de industria o de empresa y se atrevía a sostener que en nuestro derecho de daños expresado en normas del Código de Comercio y el Civil, se garantizaba el principio de indemnidad en forma mucho más sabia. [12]

Indica el sentido común que ley no puede adjudicarse la función de impedir el procesamiento de los infortunios que no fueron tipificados previamente por la administración. Vedar el acceso en cada caso particular a la prueba de la causalidad laboral, ignora un principio primario de la medicina: No hay enfermedades, sino enfermos. Traído esto desde la medicina al saber jurídico en cuanto a prestaciones de salud y reparación de daños se refiere, debería sostenerse que no hay enfermedades profesionales o de otro tipo, sino trabajadores enfermos que merezcan cura y protección.

5.- LA LLAMADA ENFERMEDAD-ACCIDENTE.

El periplo de la enfermedad-accidente, instituto que corresponde a las enfermedades no listadas legalmente, en las que la prueba de la causalidad no es presumida en relación a profesiones determinadas, reclamó de la declaración caso a caso, en juicios de valor que culminaban en declaraciones de certeza que corresponden procesos judiciales, de la generación del título reparador.

Es así que se terminó a admitir, que enfermedades profesionales, eran admitidas en profesiones hasta entonces no alcanzadas y enfermedades que nunca habían alcanzado el estatus legal de la profesionalidad por la desidia del legislador o la autoridad de aplicación cuando éste le delegaba funciones reglamentarias, juicios de valor por medio, se constituyeron en la mayor parte de los reclamos. Con renuncia, la autoridad de aplicación terminó por admitir profesionalidades en sus listados y los tribunales crearon propias pautas presuntivas a partir de la reiteración de casos debatidos con similares resoluciones. Esto fue notorio en las vérices, las hernias y las discopatias lumbosacras. El decreto 49 del año 2014, les reconoció el estatus de enfermedad profesional, luego de dieciséis años de vigencia de una ley que negando esa condición, sirvió para que el sistema de la seguridad social y sus empleadores dañantes y asegurados por el mismo, se negaran a otorgar prestaciones y sólo se pudo conseguirlas, luego de procesos judiciales que cuando prosperaban, solían durar un década. Procesos en los que se debió declarar por los jueces la inconstitucionalidad del numerus clausus como artilugio legal. Esas tres afecciones que el trabajo causan, son las más comunes en producirse y en número de víctimas superan a todas las hasta entonces reconocidas como profesionales juntas.

Respondiendo a la profunda motivación de la admisión del daño en ocasión del trabajo como factor atributivo de responsabilidad en los infortunios, como expresión acabada del deber de seguridad en el contrato de trabajo, que había sido llevada al derecho positivo en 1940 con la ley 12.631, la jurisprudencia pretorianamente fue avanzando en materia de enfermedades, en la misma línea admitida para los accidentes.

Ese avance se fue cristalizando en el decreto-ley 650/1955, (B.O. 24 de octubre de 1955), sancionado por el gobierno de

facto del general Lonardi, en el período en que fuera Ministro de Trabajo el jus laboralista Cerruti Costa, en el que se mantuvo para los accidentes el factor atributivo "... ya por el hecho o en ocasión del trabajo o por caso fortuito o fuerza mayor inherente al mismo" y para las enfermedades profesionales, las motivadas "por la ocupación en que se emplee el obrero u empleado" (art. 22 reformado de la ley 9688). Fórmula ésta que fue repetida en la reforma de la mal llamada ley 18.913 (B.O. 15 de enero de 1971).

Si esta admisión de la posibilidad de ingresar como infortunios a las enfermedades que la autoridad de aplicación no había reconocido como profesionales, se había afirmado, con la última de las reformas de la ley 9688, que se plasmó con la ley 23.643.

El texto del art. 22 de la ley 23.643 resultó el siguiente a partir de esa reforma: "Cuando un trabajador sufra un daño permanente en su salud, o fallezca, como consecuencia de una enfermedad contraída por el hecho o en ocasión del trabajo desempeñado, se generará derecho a las indemnizaciones y a reclamar el cumplimiento de todas las obligaciones que esta ley pone a cargo de su empleador o del asegurador del mismo, con arreglo a las condiciones siguientes:

La enfermedad debe ser considerada como un efecto causado por el tipo de tareas desempeñadas, o por las condiciones en que las tareas se realizaron, o por la conjunción de ambos factores, determinado esto por pericia médica emitida en sede administrativa o judicial, sin límite temporal de exposición al riesgo creado. El agravamiento de una enfermedad causada por razones laborales, obliga a íntegro resarcimiento de la

incapacidad sobreviniente, conforme a lo previsto en el artículo 8º de esta ley.

En caso que el examen preocupacional no haya sido realizado, el empleador o asegurador sólo podrán plantear la eximición de responsabilidad, cuando ella puede corresponder, y sin perjuicio de la responsabilidad por agravamiento prevista en el inciso anterior, si prueban que el dependiente padecía de un grado de incapacidad no menor antes de entrar al servicio del empleador.”....[13]

La ley 24.028, (B. O. 17 de diciembre de 1991), derogó la ley 9688, y se caracterizó por ser un desprolijo retaceo de beneficios alcanzados por los trabajadores en la legislación anterior, expresando plenamente el proceso de desregulación regresiva, que se llamó de flexibilidad laboral, pasando a tratar el tema en su art. 2, avanzando hacia la dicotomía accidente versus enfermedad, sosteniendo que en el accidente en principio la causalidad se presume (con excepciones previstas en el art. 7), pero con referencia a la enfermedad, se sostuvo:

”En cambio no se presume la responsabilidad del empleador respecto de las enfermedades cuyo origen o agravamiento se imputen al trabajo.”

“En caso de concurrencia de factores atribuibles al trabajador y factores casuales atribuibles al trabajo, sólo se indemnizará la incidencia de éstos últimos, la que será determinada por la autoridad administrativa o judicial según corresponda.”.

El legislador regresivo, dado el primer paso, había preparado el terreno y se tornó aún más audaz, con la ley 24.557, en el año 1995.

El legislador de la ley 24.557, reaccionó contra el daño en ocasión como factor atributivo de responsabilidad, en relación

a las enfermedades causadas por el trabajo, retornando al arbitrario y limitante esquema de sólo admitir como factor atributivo a la enfermedad profesional entendiendo como tal a la del listado que controla la autoridad administrativa de aplicación.

La norma solapadamente, en materia de causalidad, opuso criterios anteriormente aceptados en la legislación, que sirvieron para dejar de admitir el daño en ocasión en la enfermedad multicausada por las prestaciones del trabajo. La aceptación plena del daño en ocasión en las enfermedades, había sido admitida en la ley vetada 23.146 (1984), y en la reiteración de sus disposiciones en la Ley 23.643 (1988).

La inconstitucionalidad del art. 6o. de la LRT 24.557, terminó siendo reiteradamente declarada al respecto por la jurisprudencia y sin embargo la norma dejó de ser saneada por la ley 26.773, pese a que en sus fundamentos de esa norma se sostenía como su razón de ser, el reconocer que en la práctica judicial el control de constitucionalidad de la misma había sido tan reiterado y uniforme, en la formulación de las tachas.

En el presente, la enfermedad no listada sigue siendo objeto de reconocimiento, cuando se produce el vilipendiado proceso judicial, que habilita lo que la ley inconstitucionalmente veda, sólo en los procesos en que se ejerce el control respectivo.[14]

Cuando eso sucede, proceso judicial mediante, el daño en ocasión pasa a constituirse en factor atributivo suficiente. Su razón de ser en el accidente, termina por encontrar similar motivo causal de existir en la enfermedad, como se preveía en la derogada Ley 23.643.

Dicho esto, a partir de la aplicación de las reglas de una teoría general de la responsabilidad, que alcance a haber entendido las razones profundas del deber de seguridad en el contrato y de las obligaciones de resultados que del mismo se desprenden. Entendido como el riesgo creado, generando una actividad que puede ser lícita, pero no soportada por las víctimas en su calidad de trabajadores dependientes.

Por eso es que ciertas enfermedades, la doctrina las categorizó como enfermedades-accidente, ya que al hacerlo ponía de relieve una generosa admisión del vínculo común que tenían en función del factor atributivo de responsabilidad, que era el "daño en ocasión" del riesgo creado.

El tema de la causalidad laboral, está profundamente vinculado con la posición adoptada por los más altos Tribunales de justicia del país, en torno al control de constitucionalidad del art. 6 de la Ley 24.557, debatiendo la cuestión desde el año 1996.

La Corte Suprema de Justicia de La Nación[15] y la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires[16], confirmaron la tendencia mayoritaria de la jurisprudencia de los jueces de grado y la de otros altos tribunales provinciales y establecieron un marco referencial, para el tratamiento de esa norma controlada, en torno a diversas cuestiones que se interrelacionan entre sí. Especialmente en cuanto a la problemática del tratamiento a dar a las enfermedades que no forman parte de las llamadas "profesionales", pero que probadas en debidos procesos judiciales, que han sido causadas, agravadas o concausadas por el trabajo, en cuanto dan motivo a acciones tarifadas o de reparación plena, dirigidas contra el empleador, sus aseguradoras de riesgos del

trabajo o el sistema de seguridad social y sus propias prestaciones.

Declarado inconstitucional el art. 6 de la Ley 24.557 y sus reglamentaciones, en cuanto el mismo impide el reclamo de la reparación de los daños producidos en ocasión de trabajo, quedaron categorizadas dos clases de enfermedades que determinan la reparación de los daños vinculados con la actividad laboral.

Las enfermedades que han sido declaradas tales por la autoridad administrativa, relacionando causalmente cada profesión u oficio en general, con determinadas dolencias.

Las que no contando con la declaración administrativa previa que simplifica por vía presuncional la prueba de la causalidad, procuran superar las exigencias de esa prueba en un procedimiento individual, administrativo o judicial, en el que se demuestre la existencia de la causa que vincula un trabajo, profesión u oficio determinado, con una afección padecida reconocida como el resultado natural de la exposición potencial al riesgo creado por ese tipo de actividad.

La supuestamente alta litigiosidad tiene una de sus causas, en la censura propia del artilugio del numerus clausus, que sólo puede ser superada a mérito de la inconstitucionalidad de los preceptos que lo consagran.[17]

Desde la sanción de la Ley 24.557 en el año 1995, sus ideólogos y propiciadores, han tenido por valor supuestamente indubitable, luchar contra esa litigiosidad que es el último refugio de las víctimas. Propiciaron mediante la ley y procedimientos burocráticos, una industria del no juicio, para impedir una supuesta industria del juicio.

Corruptelas aparte, (que existen en la industria del juicio y mucho más en la industria de no juicio, no dejando de ser la patología de un sistema legal lábil para ello), en esto se juega el acceso a la justicia en causas de derecho humanos fundamentales.

La violación de esos derechos fundamentales, se producen en sucesivas instancias distintas.

Primero en el mantenimiento de condiciones de trabajo contrarias a la protección de la integridad de la salud y vida de los trabajadores, en casos que evidencian la violación de las mas elementales normas de orden público propia de la seguridad e higiene, en casos de culpa y dolo.

Segundo, en la dolosa negativa a otorgar prestaciones reparadoras, tanto en especie como dinerarias, agravando un estado de necesidad que empuja a la marginalización social a las víctimas y sus familias.

Tercero, propiciando con el procesamiento se prolongue en el tiempo, favoreciendo la impunidad y la financiación de las deudas reparativas para que éstas se diluyan a partir de la inflación.

Esta línea de pensamiento económico, propiciadora de un derecho instrumental, que le sirva se expone así: "Cualquiera sea la opción que se tome en cuanto al tipo de organización, internalización o socialización, necesariamente se debe encarar una profunda revisión de la definición de las contingencias cubiertas y de los mecanismos a través de los cuales el trabajador canaliza su reclamo. La laxitud prevaleciente en la actualidad, al punto de que producido el distracto es casi habitual una demanda por incapacidad con sentencia favorable por un abultado monto que en gran parte

es percibido por los profesionales actuantes, es absolutamente inviable." Y también: "Mas preocupante es el panorama si se toma conciencia de una alta proporción de la enorme masa de recursos que moviliza el sistema se destina a actividades socialmente improductivas relacionadas con la "industria del litigio..... Paralelamente, mientras se permiten esos derroches, es alarmante la subinversión en materia de prevención." [18]

6.- LA LEY 24.557, SU REFORMA POR LA LEY 26.773 EL NUMERUS CLAUSUS Y SU CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.

En el segundo apartado del art. 6o., de la LRT 24.557, se procede a desvincular en el caso de las enfermedades (a la que ahora llama "profesionales"), de la vinculación causal con la ocasión concurrente que produce el daño, a mérito de un listado que prejuzga con ignorancia de los casos en particular.

Listado insuficiente éste, ya que la causación implícita y juzgada, en el conceptuar "en ocasión", no es la razón de ser de su dictado (como sucede en el accidente), de lo que se cuidó el legislador de 1995 y el de la reformas y parches posteriores, contra todo lo que indicaba el debate ya cumplido en la jurisprudencia y doctrina nacional desde muchos años antes.

Listado insuficiente, además, por cuanto para la confección del mismo, la concurrencia a mérito de la ocasión, no es la razón de ser del eximir responsabilidades.

Quienes trataron de justificar la reforma producida a mérito de esa ideología que la impulsara, señalan que listados similares cuentan en la actualidad países como Francia y han sido reconocidos y promovidos por la O.I.T., pero hay en ello un

enfoque parcializado e irrazonable del instituto, ya que el verdadero problema no se encuentra en la existencia de los listados.

Aquel que quiera, podrá encontrar el hilo conductor para reconstruir el derecho de daños laborales, entre la dispersa, caótica y rica obra de Anastasi, de quien a su muerte, en su homenaje Juan D. Ramírez Gronda escribiera: "Enmendada la ley de accidentes de trabajo, después de la sanción de la ley número 12.631, sus enseñanzas en torno a la fórmula "ocasión del trabajo" adquieren renovada juventud y vigor. es que para penetrar en los secretos del Derecho del Trabajo -"del Derecho nuevo que se hace para el pueblo, como él dijera- será absolutamente indispensable volver una y otra vez a las "notas" de Anastasi. Son las páginas dispersas de un gran libro, escritas por un sabio auténtico". [19]

El artilugio del llamado *numerus clausus*, precipita el control constitucional de las leyes 24.557 y 26.773, reinstalando el tema de las llamadas enfermedades-accidente.

El tema resuelto, tiene profundas consecuencias prácticas para los vinculados por el infortunio de trabajo (víctima y dañante), las aseguradoras y el subsistema de la seguridad social, si se lo integra al marco de las llamadas enfermedades no listadas, (entendidas por tal las que no forman parte del listado vigente de las llamadas enfermedades profesionales), y su debido procesamiento legal.

En la actualidad, la enfermedad causada por el trabajo, se constituye para el operador jurídico, en un deber pendiente, y una afrenta a la razón.

El propio legislador admitió esto, en los fundamentos del dto. 1278/2000 cuando sostuvo: "Que por otra parte ciertos

reclamos formulados han tenido acogida en tribunales de diversas jurisdicciones del país, cuyas sentencias particulares han puesto en entredicho la concordancia de algunos preceptos de la ley citada con garantías constitucionales. Que entre los aspectos especialmente cuestionados, se encuentran el tratamiento dado a ciertos institutos, tal el caso del listado taxativo de enfermedades profesionales, así como el procedimiento establecido para su modificación.”

Pese a ello ni en esa oportunidad, ni en el 2012 al sancionar la ley 26.773, eludiéndose la jurisprudencia y manteniéndose la inseguridad jurídica que ello implica, al reformar nada sustancia se hizo para romper con el artilugio legal censurador del reclamo.

La información oficial que con retardo da a conocer la Superintendencia de Riegos del Trabajo, anualmente, indica que desde la sanción de la Ley 24.557, la cobertura por prestaciones en especie y dinerarias, que el sistema ha otorgado, en poco superó el tres por ciento del total de las prestaciones otorgadas.

Cuando la medicina laboral ha indicado que las coberturas por enfermedades deberían superar a las de accidente, esa información a buen entendedor demuestra que el sistema ha servido poco y nada en materia de enfermedades, tanto listadas como no listadas.

La jurisprudencia laboral que condena a las reparaciones de esos infortunios que el sistema, como procesamiento administrativo rechaza, revela la lacra. Descubre un negocio que pasa por subsidiar a los dañantes (empleadores), con la asociación activa de sus aseguradoras.

SENTENCIA NÚMERO: CIENTO SETENTA Y SEIS

En la ciudad de Córdoba, a los diecinueve días del mes de diciembre del año dos mil trece, siendo día y hora de Audiencia, se reúnen en Acuerdo Público los integrantes de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Justicia, doctores Luis Enrique Rubio, Carlos F. García Allocco y M. Mercedes Blanc de Arabel, bajo la presidencia del primero de los nombrados, a fin de dictar sentencia en estos autos: "LATZKE VDA. DE NELLY MARIA GIOVO Y OTROS C/ BOSTON COMPAÑIA ARGENTINA DE SEGUROS - LEY 24.557 -EXPEDIENTES REMITIDOS POR LA JUSTICIA FEDERAL - RECURSO DIRECTO" 1310/37, a raíz del recurso concedido a la parte actora en contra de la sentencia N° 72/09, dictada por la Sala Quinta de la Cámara Única del Trabajo, constituida en tribunal unipersonal a cargo de la señora juez doctora Ana María Moreno de Córdoba -Secretaría N° 10-, cuya copia obra a fs. 597/614 vta., en la que se resolvió: "Rechazar la demanda interpuesta por Nelly María Giovo viuda de Latzke in iure propio en carácter de cónyuge supérstite de Rodolfo Eduardo Latzke y en representación de sus hijos menores Lara Alejandra Latzke, Ana Belén Latzke y Juan Tomás Latzke en contra de Boston Compañía Argentina de Seguros SA. Costas por el orden causado. Los honorarios serán regulados cuando se determine base económica definitiva para ello...".

Oportunamente se fijaron las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA CUESTIÓN: ¿Es procedente el recurso interpuesto por la parte actora?

SEGUNDA CUESTIÓN: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

Practicado el sorteo de ley resultó que los señores vocales emitieron su voto en el siguiente orden: doctores Luis Enrique

Rubio, Carlos F. García Allocco y M. Mercedes Blanc de Arabel.

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA:

El señor vocal doctor Luis Enrique Rubio, dijo:

1. El recurrente denuncia violación del art. 6 de la Ley N° 24.557. Afirma que la a quo asignó un contenido incorrecto al texto normativo, al mutilar la trilogía prevista como universos de casos genéricos de "accidentes de trabajo" (acaecidos "por el hecho", "en ocasión" e "in itinere"). Asimismo, sostiene que el juicio individual relativo al caso, fue erróneo. Relata las circunstancias de la muerte del trabajador haciendo hincapié en que ocurrió dentro del establecimiento de la empleadora y durante la jornada full time de tareas, entendiéndose que estos fueron aspectos sustanciales para la solución del litigio. Entiende que Latzke no habría fallecido en esas condiciones (modo, lugar y tiempo) si no hubiera estado viviendo en el yacimiento petrolero, en una zona austral y en cumplimiento de su jornada. Señala que al igual que para el accidente in itinere, en el supuesto de "ocasión" la norma remite a la verificación de una condición remota, sin exigir que la labor sea la causa directa del daño. Que el dispositivo de que se trata prevé como contingencias diferentes a la "ocasionalidad" y a la "causalidad". Sin embargo, dice, la Juzgadora unifica las dos hipótesis e interpreta que en ambas debe existir nexos eficiente con las tareas. Insiste en que en el supuesto bajo examen, el trabajo operó sólo de modo indirecto, resultando relevante el escenario y el momento del infortunio. Agrega que cuando el Tribunal sostuvo que si bien la muerte se produjo estando a disponibilidad del empleador, ocurrió en un lapso en que no estaba ejecutando labor concreta alguna, vulneró el supuesto de ocasionalidad que la norma regula. Que fusionó dos

factores de imputación que el legislador distinguió. El yerro es patente, sostiene, porque se desconoce que la fórmula de imputación de responsabilidad en que se funda la pretensión, reposa en un factor objetivo distinto a la causalidad y por ello no es aplicable la teoría del nexo adecuado. Enfatiza que Latzke estaba en ese lugar por razones de trabajo, aunque la muerte lo encontrara durante una interrupción irrelevante de la jornada laboral (disponibilidad full time). Alega que existe un nexo temporal y geográfico funcional al trabajo al cual la ley le asigna un valor, atribuyendo responsabilidad por imputación objetiva de ocasionalidad. Que resulta dirimente el ánimo del trabajador de permanecer a disposición de su empleador. En definitiva, termina afirmando que la a quo desconoce este concepto de ocasión inserto en el mentado art. 6 LRT.

2. La Juzgadora fijó como cierto, tanto la existencia del siniestro, como las circunstancias de su acaecimiento. Dijo, que el fallecimiento del empleado se produjo mientras no estaba desarrollando tarea alguna. De ello, derivó la falta de prueba relativa a que el trabajo obró como causa eficiente del deceso. Al abordar la hipótesis legal invocada por los demandantes ("ocasión" del siniestro, porque se produjo dentro del yacimiento a raíz de la modalidad sin retiro -22 días full time en la planta, por 21 de descanso en domicilio-) estimó que resultaba insuficiente para admitir la posición actora. En este orden, alegó que la Ley N° 24.557, a pesar de postular su carácter de régimen de seguridad social, mantiene una responsabilidad de base causal y coloca al hecho del trabajo como factor relevante en el conjunto de condiciones determinantes del daño. Agregó que la ley no brinda cobertura por muerte sino deriva del trabajo mismo, por ello debió probarse que éste proporcionó la condición de sufrir el daño facilitando, favoreciendo o al menos posibilitando que se

produjera. Así, sostuvo que para este supuesto lo que se debe acreditar es que el cumplimiento de la labor colocó al trabajador en el lugar y el tiempo de exposición a un riesgo que le sería ajeno de no mediar el vínculo laboral. Luego, señaló que cuando Latzke sufrió el infarto estaba desarrollando una tarea de interés personal y no en ocasión del trabajo ya que pudo sucederle en cualquier otra oportunidad.

3. El art. 6 de la LRT exige que el accidente haya sido por el hecho o en ocasión del trabajo. Por un lado, brinda la alternativa que vincula la producción del siniestro al cumplimiento específico de la prestación prometida por el trabajador. La otra hipótesis legal, involucra la noción de ocasión habilitando la proyección del modelo a un campo más amplio de aplicación en sus alcances. Es que, aunque se alude al factor laboral como tipificador de la situación, resultaría repetitivo que lo hiciera si es la causa directa del infortunio, porque estaría contemplando idéntica situación que en el enunciado anterior. En este marco, la ocasión es la condición que rodea el desarrollo de la prestación laboral y la constelación de circunstancias que resulten de ella, pero excluyendo los aspectos inherentes de la ejecución de la prestación en sentido propio. Entonces, para Oscar Ermida Uriarte la ocasionalidad es un nexo de imputabilidad diferente y autónomo de causalidad, donde el trabajo es un factor de simple condición. Este modo de entender también explica mejor los casos de accidente in itinere.

En definitiva, el concepto de que se trata debe interpretarse como aquel evento dañoso que no proviene del cumplimiento concreto del débito laboral, y aludiendo a circunstancias relacionadas con la intención de ejecutar la prestación, las que proporcionan el contexto en el que se sitúa el acontecimiento lesivo. La red de ocasionalidad debe integrar

la condición del trabajo con un nexo de tiempo, de lugar y de función. Se insiste: el vínculo contractual hace su aporte al colocar al trabajador en el espacio y el momento del siniestro como consecuencia de su compromiso de prestar servicios.

Ahora bien, en el sub examen el Tribunal determinó que el fallecimiento acaeció en el entorno de funcionamiento del establecimiento empresarial (planta petrolera en Tierra del Fuego). Que el Sr. Latzke se encontraba allí a raíz de la modalidad de la jornada, con dedicación full time durante 22 días por la que había sido contratado (su vivienda familiar estaba en Córdoba). Pero adujo que aunque se trataba de un sistema de disponibilidad permanente, en el momento exacto del deceso el empleado se encontraba haciendo footing con sus compañeros. Y es justamente ese marco el que evidencia que el razonamiento de la a quo se apartó de las previsiones legales. Es que del propio relato efectuado en el pronunciamiento de las circunstancias fácticas bajo análisis, torna operativa la norma legal de que se trata. La condición que impuso la a quo (trabajo como causa eficiente de la muerte) para la procedencia de la acción fundada en el segundo supuesto del art. 6 LRT no se compadece con la letra ni el espíritu protectorio de la norma denunciada.

4. Por lo tanto, corresponde casar la sentencia y entrar al fondo del asunto (art. 104 CPT). Conforme los términos precedentes, resultó acreditado que el fallecimiento de Latzke ocurrió en ocasión del trabajo. Por ello debe hacerse lugar a la demanda con fundamento en la Ley N° 24.557 y condenar a la aseguradora "Boston Compañía Argentina de Seguros S.A." a abonar a los actores la tarifa prevista en el art. 18 íb., conforme lo dispuesto por el Dcto. N° 1694/09 (en igual sentido "Butassi ...", Sent. N° 79/13) y en un único pago. Lo último porque la Corte Suprema de Justicia de la Nación reiteradamente

declaró la inconstitucionalidad del dispositivo que legisla el pago en renta que prevé la Ley N° 24.557, manifestando que el abono mensual no daba satisfacción al objetivo reparador que la norma tiene (autos "Milone..." (Fallos: 327:4607), "Torales Gustavo Ramón c/ Provincia ART s/ acc. Ley 9688" CSJN T. 168. XLI., 29/05/07 primero y vigente el Dec. 1.278/00 "Suárez Guimbard Lourdes c/ Siembra AFJP S.A. s/ indem. por fallecimiento", fallo del 24/06/08). Criterio seguido por este Tribunal Superior (A.I. 1.077/09; Sent. N° 62/13, entre otras).

Los intereses, desde la fecha del siniestro (14/12/01) hasta la sanción del decreto N° 1694/09 (B.O. 06/11/09), se establecen según la tasa pasiva nominal mensual que publica el Banco Central de la República Argentina, destinada a proteger el capital por no haberse abonado en tiempo oportuno, con más un adicional del 0,5% mensual ("Zapata Angelita E. c/ Ros, Alex y otra" de fecha 27/10/94). Para este lapso, se justifica la determinación de una tasa despojada parcialmente del componente retributivo que habitualmente utiliza esta Sala para ajustar el capital adeudado frente a las diversas fluctuaciones económicas. Es así pues se dispuso la aplicación inmediata de un decreto -el 1694/09- nacido con posterioridad al hecho causante del daño y que corrigió en términos monetarios la indemnización. Se mantiene, de todas maneras, una tasa compensatoria en protección de la acreencia que es de causa laboral y por ende de naturaleza asistencial por lo que el incumplimiento del pago debe ser considerado con mayor rigor. Ahora bien, a partir del 6/11/09 y hasta su efectivo pago, se considerará la emplazada en la causa "Hernández c/ Matricería Austral" (tasa pasiva B.C.R.A., más el 2% mensual), a fin de mantener incólume el contenido del crédito.

Voto por la afirmativa.

El señor vocal doctor Carlos F. García Allocco, dijo:

Coincido con la opinión expuesta por el señor vocal cuyo voto me precede. Por tanto, haciendo míos los fundamentos emitidos, me expido en la misma forma.

La señora vocal doctora M. Mercedes Blanc de Arabel, dijo:

A mi juicio es adecuada la respuesta que da el señor vocal doctor Rubio a la primera cuestión. Por ello, de acuerdo a sus consideraciones, me pronuncio en igual sentido.

A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA:

El señor vocal doctor Luis Enrique Rubio, dijo:

A mérito de la votación que antecede corresponde admitir el recurso de la parte actora y casar el pronunciamiento de la a quo. Condenar a la ART a abonar la tarifa del art. 18 de la Ley N° 24.557, según decreto N° 1694/09, conforme las pautas dadas en la primera cuestión. Con costas. Los honorarios de los Dres. Felipe E. Martinto y Alejandro González Gattone serán regulados en un treinta y dos y treinta por ciento, respectivamente, de la suma que resulte de aplicar la escala media del art. 36 de la Ley N° 9.459 sobre lo que constituyó materia de impugnación (arts. 40; 41 y 109 íb.), debiendo considerarse el art. 27 de la ley citada.

El señor vocal doctor Carlos F. García Allocco, dijo:

Adhiero a la solución a la que se arriba en el voto que antecede. Por tanto, me expido de igual modo.

La señora vocal doctora M. Mercedes Blanc de Arabel, dijo:

Comparto la decisión que propone el señor vocal doctor Rubio a la presente. Por ello, me pronuncio de la misma manera

Por el resultado de la votación que antecede, previo Acuerdo, el Tribunal Superior de Justicia, por intermedio de la Sala Laboral,

R E S U E L V E:

I. Hacer lugar al recurso deducido por la parte actora y casar el pronunciamiento según se expresa.

II. Condenar a "Boston Compañía Argentina de Seguros S.A." a abonar la tarifa del art. 18 de la Ley N° 24.557, conforme decreto N° 1694/09 y pautas dadas en la primera cuestión planteada.

III. Con costas.

IV. Disponer que los honorarios de los Dres. Felipe E. Martinto y Alejandro González Gattone sean regulados por la Sala a quo en un treinta y dos y treinta por ciento, respectivamente, de la suma que resulte de aplicar la escala media del art. 36 de la Ley N° 9.459 sobre lo que constituyó materia de discusión. Deberá considerarse el art. 27 de la mencionada ley.

V. Protocolícese y bajen.

Con lo que terminó el acto que previa lectura y ratificación de su contenido, firman el señor presidente y los señores vocales, todo por ante mí, de lo que doy fe.

[1] Puede consultarse del autor sus libros: El vínculo de causalidad en la enfermedades no listadas de la Ley 24.557, publicado en La Ley, 21 de marzo del 2013, Año 9, No. 1998, comentario del fallo de la Sala VIIa. de la Cámara Nacional de Apelaciones del trabajo, dictado el 12 días de noviembre de 2012, en los autos "R., L. A. C/ H.S.B.C. Bank Argentina S.A.

S/ Despido". Derecho de Daños Laborales. Las acciones comunes en los infortunios del trabajo. Editorial Némesis, Buenos Aires, 1992. 301 páginas. Con prólogo del doctor Juan Carlos Fernandez Madrid. Control de constitucionalidad de la Ley de Riesgos del trabajo 24.557. Editorial Joaquín Fernandez Madrid, Buenos Aires. 1997. 353 págs. Con prólogo del doctor Isidoro Goldenberg. Reforma laboral. Análisis crítico. Aportes para una teoría general del derecho del trabajo en la crisis. Editorial La Ley, Buenos Aires, 2001. 348 págs. También su artículo: La enfermedad-accidente mal llamada extrasistémica. Los límites conceptuales de los recientes criterios superiores en materia de inconstitucionalidad del art. 6 de la ley 24.557, en revista Nova Tesis, Año II, No. 15, p. 44 y ss. También en obra colectiva: Temas esenciales del derecho del trabajo. Homenaje al Dr. Santiago J. Rubinstein, Coordinador: Julio A. Grisolia, IJ Editores, C.A.B.A., 2009, pág. También en Revista de Derecho Laboral y de la Seguridad Social, noviembre 2009, Abeledo Perrot.

[2] Comparativamente, son muy pocos los casos que alcanzan al procesamiento administrativo o judicial de esos infortunios. Sin embargo, existe una generalizada y errónea consideración pública, de la cuestión, que sirve al efecto de dar un tratamiento peyorativo y censurador de esos procesamientos.

[3] Ver RODRÍGUEZ, Carlos: "Trabajo de Mala Muerte", "Página 12", 26 de abril de 1992, Suplemento Verde.

[4] Ver: "Según la estadísticas en los trabajos no hay más saturnismo, brucelosis, silicosis, dermatitis y fibrosis pulmonar, pero los trabajadores se siguen enfermando. Lo que sucede es que las ART no reconocen las enfermedades, pues al no haber relevamiento de agentes de riesgo argumentan que el trabajador pudo haberse contagiado fuera de su lugar de

trabajo". Fernando Krakowiak, "Sin red", artículo publicado en Cash de Página 12, el 11/4/2004.

[5] "El proceso grupal. Del psicoanálisis a la psicología social". Ediciones Nueva Visión. Buenos Aires. 1985, p 9.

[6] Conf.: Juan José Etala, en el comentario al fallo de la S.CJ..B.A, del 27 de febrero de 1973, en la causa "Silingardi, Luis C. c. Acería Bragado S.A.", (con voto del doctor Rodolfo A. Nápoli, al que adhirieron los doctores Borda, Baños, Bullrich y Daireaux), titulado "Enfermedades profesionales, enfermedad-accidente y un decreto insólito", T y S.S. 1973-1974, p.109 y ss. El caso estaba referido a un caso de fiebre hemorrágica (mal de los rastrojos en que se admitió al infortunio como una enfermedad accidente). Etala terminó su comentario así: "Concluyendo, la ley ha receptado la doctrina de la enfermedad-accidente o enfermedad ocasional y las ha asimilado a las enfermedades profesionales en cuanto a su carácter indemnizable y no existe interés real en hacer el distinguo y menos pretender que la profesional sea derivada exclusivamente del trabajo y las otras no, porque unas y otras son hoy, legalmente, enfermedades profesionales".

[7] J. A., comentario a fallo, Tomo 3, p. 114.

[8] El fallecimiento en el año 2012, de Alfredo H. Conte Grand, privó al derecho de la seguridad social de uno de los conocedores más profundos de esa disciplina. Actuario, durante muchos años el Director responsable de la Región en la Organización Internacional de la Seguridad Social. Secretario de Estado a cargo de la Secretaría de la Seguridad Social por un prolongado período, nos consta que fue uno de los artífices de la recuperación del sistema de la seguridad social, con el retorno del mismo a las pautas públicas que le impone la Constitución. Fue durante un largo período profesor

titular de la materia Derecho de la Seguridad Social de la carrera de pos grado de Especialización en Derecho Social, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional.

[9] Citan: OMS, 1985, "Identificación de enfermedades relacionadas con el trabajo y medidas para combatirlas", serie de Informes Técnicos 714 -Ginebra, OMS

[10] Alfredo H. Conte-Grand y Carlos A. Rodríguez, "Cobertura de los riesgos del trabajo". Editado por la O.I.T., Chile, pág. 261.

[11] Conf.: "Las enfermedades profesionales deberán ser un recuerdo del pasado, porque una vez conocida su causa lo que corresponde es anularla o controlarla." (Alfredo H. Conte-Grand y Carlos A. Rodríguez, "Cobertura de los riesgos del trabajo". Editado por la O.I.T., Chile, pág. 91. Lo que estos autores dicen de la enfermedad profesional, con más razón vale para sus listas.

[12] Las normas de responsabilidad contractual objetiva por riesgo de actividad que esgrimía era el los arts. 156 (que resultara reformado y reafirmado en 1934 por la Ley 11.729 en el art. 155, inc. 5º, que a su vez reapareció en el actual art. 76 de la Ley de Contrato de Trabajo 20.744 en su texto ordenado vigente.) y 1010 del Código de Comercio y los arts. 1198, 1953, 1954 y 1870, inc. 4º del Código Civil). El Código que entrará a regir en el año 2016, votado, a impulsos de sostenerse que era necesario abandonar el individualismo de los anteriores y se sostuvo que se inspira en un derecho privado sensible a lo social, no repitió ese arsenal normativo previo, con excepción del art 1198. Pareciera que la legislación que se declama como progresista, trata de operar e consonancia con las inconstitucionales reiteradamente

declaradas en la ley 24.557, desactivando las normas que ponían de relieve lo regresivo del sistema.

[13] Esa disposición tenía por fuente a la Ley 23.146, que resultara vetada en 1984 por el presidente Raúl Ricardo Alfonsín. El autor de este trabajo como parlamentario en el período 1983.1987, había presentado el proyecto que terminó siendo votado por el parlamento. La ley 23.643, como iniciativa parlamentaria, expresamente reconocía que se basaba en la anterior vetada.

[14] La autoridad de aplicación (Superintendencia de Riesgos del Trabajo) resiste acatar los criterios jurisprudenciales que llegaron incluso a la Corte de Justicia de la Nación al respecto, y esto permite que la mayor parte de las enfermedades causadas por el trabajo no sean objeto de prestaciones en especie o indemnizatorias. Esta evasión provoca una falsa subsidiación de las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo, en perjuicio de la medicina pública estatal y propia de las obras sociales.

[15] El 18 de diciembre de 2007, la C.S.J.N. hizo lugar a un recurso de hecho deducido por la actora en la causa "Silva, Facundo Jesús c/ Unilever de Argentina S.A.", y revocó la sentencia dictada por la Sala VIIIa., de la C.N.A.T. que rechazaba la acción entablada por el resarcimiento del daño reclamado por haber contraído asma bronquial (enfermedad no listada) por causas laborales, mandando dictar nueva sentencia al respecto. Sostuvieron en su voto conjunto los doctores Carlos S. Fayt y Enrique Santiago Petracchi: "6°) Que, por consiguiente, no parecen quedar dudas que la LRT, de 1995, es incompatible con el orden constitucional y supralegal enunciado que ha negado todo tipo de reparación al trabajador víctima de una enfermedad que guarda relación de

causalidad adecuada con el trabajo, por el solo hecho de que aquello no resulta calificada de enfermedad profesional en los términos de dicha norma.- Por cierto que esa incompatibilidad encuentra fundamento, además de lo expresado en los considerandos precedentes, en otros derechos de jerarquía constitucional que, en consecuencia, fueron desoídos por el legislador. En primer lugar, el de toda persona "a que se respete su integridad física, psíquica y moral", tal como lo enuncia el inc. 1 del art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con toda especificidad y autonomía (asimismo: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. I).”

[16] El 17 de diciembre del 2008, la S.C.J.B.A., en autos "B. , C. A. contra 'Du Pont Argentina S.A. s. daños y perjuicios", hizo lugar a un recurso de inaplicabilidad de ley y también mandó dictar sentencia declarando inconstitucional al art. 6 de la Ley 24.557, haciendo responsables de la reparación del daño producido por enfermedades causadas laboralmente que no eran las reconocidas como profesionales.

[17] Se denomina sistema de “numerus clausus” al adoptado por una norma que limita las enfermedades que puedan dar lugar a acciones reclamando prestaciones del sistema de la seguridad y social la reparación de daños provocados por ellas a aquel que circunscribe las posibles reclamaciones a las propias de un listado que confecciona la autoridad de aplicación.

[18] Ver "Enfermedades y accidentes del trabajo: Lineamientos para una regulación alternativa". Por Carlos E. Sanchez, Osvaldo Giordano y Alejandra Torres. Revista Estudios, Año XII, No. 56, de Fundación Mediterránea. El segundo de esos autores, fue Secretario Jurídico del Ministerio de Economía

durante la gestión de Domingo Felipe Cavallo y un autor bien informado como Julián Arturo de Diego, le atribuye la autoría del proyecto que culminó en la Ley 24.557.

[19] Ver : "Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata", Año 1941, p.489. Obra colectiva en Homenaje de Leónidas Anastasi, Trabajo de Juan D. Ramirez Gronda: "La interpretación dada por Dr. Leónidas Anastasi a la fórmula "ocasión del trabajo" contenida en las leyes sobre accidente de trabajo".

VIII.RECIENTE DICTAMEN DEL INSTITUTO DE DERECHO SOCIAL DEL TRABAJOY LA PREVISION SOCIAL EN RTORNO A LA VALIDEZ CONSTITUCIONAL DE LA LEY 27348

Publicado en Revista Doctrina Laboral y Seguridad Social de Abeledo Perrot, del 5 de marzo del 2015.

El Instituto de Derecho Social de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata ha emitido un importante dictamen sobre la validez constitucional de la ley 27.348 que reforma y complementa la ley 24.557. En el curso de este dictamen firmado por el director del Instituto Ricardo J. Cornaglia, por su secretario Juan Ignacio Orsini y por los demás integrantes Eduardo Curutchet, Miguel Berri, Rodolfo Martiarena, Gastón Valente, María Teresita Hiriart, Mariano Puente, David Duarte, Juan Amestoy, Facundo Gutierrez Galeno, Moisés Meik, Juan J. Fornaro, Fabio Arechavala, se puntualiza las transgresiones de dicha ley a la Constitución Nacional (arts. 24 bis y 18), a la Constitución Provincial de Buenos Aires (art. 15) , de Neuquén (art. 58) o de

Entre Ríos (art. 65) que expresamente garantizan el acceso irrestricto a la justicia; a los instrumentos internacionales que integran el bloque de constitucionalidad general.

Se examinan el carácter y las facultades de las comisiones médicas así como su competencia analizando las decisiones de la Suprema Corte Bonanerense que ha descalificado todo el sistema competencial establecido en la LRT.

La parte final del documento contiene un detallado examen de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Nacional sobre el mismo tema realizado a través de las causas: Castillo, Quiroga, Venialgo, Marchetti, Obregón, Sotelo, Ramos y Melchior.

El texto elaborado por el Instituto se ha vertido en los siguientes términos:

- La ley 27.348, en tanto mantiene el esquema de seguro privado a cargo de sociedades anónimas (1) (o, en su caso, del propio empleador autoasegurado), continúa violando el programa constitucional que impone la creación de un seguro social obligatorio a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica administrada por los interesados y con participación del Estado (conforme art 14 bis C.N.).
- El acceso a la justicia constituye un derecho fundamental de todo ser humano en una sociedad libre y democrática. Desde el punto de vista constitucional el derecho de acceso a la justicia, encuentra su justificación en el derecho de defensa (18 C.N.) y el correlativo de derecho de “acceso a la jurisdicción” que el mismo contempla como presupuesto de su ejercicio. (2)

- Ese derecho, de primera generación y de contenido no patrimonial, es considerado preferente en el marco de las sociedades modernas y no admite restricciones. Cualquier restricción que lo afecte se debe presumir inconstitucional. (3)
- Algunas provincias, como la de Buenos Aires (art. 15 Const. Pcial.), la de Neuquén (art. 58 Const. Pcial.) o la de Entre Ríos (art. 65 Const. Pcial.), expresamente garantizan el “acceso irrestricto a la justicia”. Ante tal terminante y enfática garantía, es evidente que la adhesión que sugiere a las provincial la ley 27.348 sería contraria a sus propias constituciones locales, y por lo tanto claramente violatorio de ellas.
- También los instrumentos internacionales que integran el bloque de constitucionalidad federal desde el reforma del año 1994 (art. 75 inc., 22 C.N.). se refieren expresamente a este derecho en las numerosas normas (art. XVIII D.A.D.D.H. (44) ; arts. 8 y 10, D.U.D.H. (5) ; arts. 2.3 “a” y 14.1 PIDCP (6) ; arts. 8.1 y 25.1 C.A.D.H. (7)), que garantizar a cualquier persona en condiciones de igualdad, el acceso a un tribunal de justicia independiente e imparcial para la determinación de sus derechos de cualquier índole, incluso laborales.
- Las Comisiones Medicas por las que se pretende obligar a transitar a todo trabajador para la determinación de sus derechos frente a un infortunio del trabajo, no constituyen órganos imparciales ni independientes. No son independientes porque se sitúan en la órbita del Poder Ejecutivo Nacional, y no son imparciales porque se solventan con financiamiento de las propias ART. Así lo dispone expresamente la Resolución de la SRT N° 1105-2010.
- Además, sus miembros no gozan de estabilidad propia como los integrantes del poder judicial, sino que se vinculan

con contratos de trabajo privados regidas por la LCT, y sin estabilidad.

- Este derecho de acceso irrestricto a la justicia independiente e imparcial es especialmente protegido por las normas fundamentales que integran el bloque de constitucionalidad (art. 75 inc. 22 C.N.), cuando es ejercida por sujetos en situación de vulnerabilidad (8). El trabajador accidentado y/o su derechohabiente se consideran incluidos en esta categoría, de extrema vulnerabilidad. (9)
- La norma en cuestión es contraria también a la Constitución Nacional en cuanto manda a asegurar el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la misma y por los tratados internacionales (lo que incluye lógicamente el acceso irrestricto a la justicia) en particular respecto de las “personas con discapacidad” (art. 75 inc, 23 C.N.)
- Por lo tanto, al juzgar sobre la constitucionalidad de la ley 27.348 se debe tener en cuenta que el trabajador accidentado es sujeto de diversas órbitas de protección, en primer lugar en cuanto trabajador beneficiado por el principio protectorio (14 bis CN); en segundo lugar, en cuanto sujeto ser humano portador de una incapacidad (art. 16, 43, 75 inciso 22 y 23 CN).
- La ley 27.348, constituye una restricción al derecho del trabajador accidentado de acceder a la justicia, que se basa precisamente en su doble condición de vulnerabilidad, en cuanto a trabajador y en cuanto incapacitado. En ese sentido, viola el principio protectorio del art 14 bis y el de igualdad y no discriminación (16 y 43 CN). (10)
- Se trata de una severa restricción del derecho de acceso a la justicia para el trabajador lesionado y no de una mera dilación del inicio del trámite judicial (como en el caso de la

conciliación). Se pretende sustituir el trámite judicial por otro proceso jurisdiccional administrativo, que pretende arribar a una cosa juzgada, y que en ningún caso permite, según su esquema, que el trabajador acceda a un proceso de conocimiento pleno, sino solamente recursivo.

- Se debe tener presente que el otorgamiento de facultades jurisdiccionales a órganos de la administración desconoce lo dispuesto en los arts. 18 (que garantiza la defensa en juicio de la persona y sus derechos), y 109 (que prohíbe en todos los casos al Poder Ejecutivo ejercer funciones judiciales) de la Constitución Nacional.

- Al respecto, la Corte Suprema, luego de sentar ese principio prohibitivo, ha dicho que solo se puede excepcionar si se tratara de organismos de la administración cuya independencia e imparcialidad estén aseguradas, y siempre cuando el objetivo económico y político tenido en cuenta por el legislador para crearlos (y restringir así la jurisdicción que la Constitución Nacional atribuye a la justicia ordinaria) haya sido razonable y, además, sus decisiones estén sujetas a control judicial amplio y suficiente” (CSJN, Ángel Estrada 5/4/2005, FALLOS 328.651).

- Sin embargo -aclara la CSJN- “no cualquier controversia puede ser válidamente deferida al conocimiento de órganos administrativos con la mera condición de que sus decisiones queden sujetas a un ulterior control judicial suficiente.” Ello, porque se trata de un avance indebido sobre las atribuciones que el art. 116 de la Constitución Nacional define como propias y exclusivas del Poder Judicial.

- Partiendo de esa doctrina constitucional, no existe justificación alguna para la existencia de las comisiones médicas, puesto que no regulan ningún servicio público o

actividad del mercado que requiera conocimientos especiales. Es aún menos razonable atribuirles la posibilidad de dictar actos administrativos de naturaleza jurisdiccional en expresa violación del art. 109 de la C. N. Su función puede ser llevada a cabo por peritos en cada juicio particular.

- Las comisiones médicas favorecen el interés de particulares en contra de lo dispuesto en la Constitución y los tratados internacionales. Conforme a estas normas fundamentales, el interés público esencial es la defensa de los derechos del trabajador a los que esta ley manifiestamente se opone. (art 14 bis, PDESC).
- Expresamente los arts. 5, 121, 122, 123 y 124 de la Constitución Federal definen que una de las características esenciales del sistema federal argentino es que las provincias ejerzan su poder judicial en materia local y de derecho común. El artículo 124 deja claro que si se crean órganos regionales son a iniciativa de las Provincias.
- Las Comisiones Médicas, no fueron creadas para juzgar a particulares, sino para la determinación de los derechos previsionales de las personas frente a la administración. La ampliación de competencia que le atribuyen las leyes 24.557 y 27.348 no guarda relación con la finalidad específica para la cual han sido creadas por la ley 24.241 . (11)
- Lejos de obedecer al principio protectorio del trabajador, el sistema diseñado por las leyes 24.557 y 27.348 pretende establecer un fuero de privilegio en favor de las ART, para que las mismas sean juzgadas por “comisiones especiales” en perjuicio de las atribuciones conferidas a los jueces ordinarios. Viola la prohibición expresa del art 18 de la CN y el art 14 bis al establecer una preferencia legal invalida. La indelegabilidad de las funciones judiciales de ese tipo, no puede ser

desconocida y violada, mediante adhesiones a un régimen legal que se funda en burlar a los arts. 1, 5 y 109 de la Constitución Nacional.

- Por lo demás, aun cuando las provincias adhiriesen (de forma inconstitucional) la Nación no podría ser juzgada por las provincias. Por lo tanto siendo la jurisdicción federal improrrogable por razones de orden público conforme los arts. 116 y 117 de la C.N., leyes reglamentarias y jurisprudencia pacífica, sus decisiones deberían ser apeladas ante un Juzgado o Tribunal Federal. Lo que implica una inconsistencia lógica: no puede demandarse la nulidad de un acto administrativo emitido por un órgano federal ante la justicia provincial.
- En suma, claramente el juez competente en esta materia es el juez provincial (75 inc. 12) con lo cual no puede existir un órgano administrativo creado por la Nación que le sustraiga competencias al juez de provincia. Ni tampoco un acto administrativo de un órgano federal puede ser anulado por un juez provincial.
- Por otra parte, al atribuir competencia a organismos administrativos la legislación examinada no sólo viola el derecho constitucional del acceso a la justicia y la distribución de competencias entre estado federal y estados provinciales, sino también, la garantía constitucional de la jurisdicción laboral especializada. La inocultable intención de esa legislación (que profundiza así la misma ideología neoliberal (y antilaboral) que justificó la sanción de las leyes 24.557 y 26.773, no es otra que reducir las garantías de los trabajadores por conducto de despojar a la Justicia del Trabajo de una de las atribuciones que originaron su creación y justifican su

existencia: resolver las cuestiones vinculadas a los accidentes y enfermedades laborales.

- En ese sentido, no es posible ignorar que el sistema garantista de los derechos de los trabajadores que implementó el Derecho del Trabajo desde su nacimiento como rama jurídica autónoma se apoyó no sólo en el dictado de normas sustanciales de carácter protectorio, sino también, como indispensable complemento de aquéllas, en el establecimiento de reglas adjetivas igualmente específicas (Derecho Procesal del Trabajo) y en la creación de órganos jurisdiccionales especializados a cargo de jueces sensibilizados con la cuestión social (Justicia del Trabajo), consagrando así una garantía de la jurisdicción social.

- Esa garantía tiene rango supra legal en la Argentina, a tenor de lo que prescribe el art. 36 de la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales: "En cada Estado debe existir una jurisdicción especial de trabajo y un procedimiento adecuado para la rápida solución de los conflictos". Asimismo, en varias provincias, como la de Buenos Aires tiene jerarquía constitucional, en tanto el art. 39 ap. 1 de la Constitución bonaerense consagra el deber estatal de "establecer tribunales especializados para solucionar los conflictos de trabajo", lo que ha llevado a la Corte provincial a señalar que los trabajadores bonaerenses gozan de "la garantía constitucional de someter sus reclamos a tribunales especializados para solucionar los conflictos de trabajo". (12)

- Precisamente por ello, los tribunales más importantes del país han desactivado todo el sistema de competencia establecido en la Ley de Riesgos del Trabajo y sus reformas.

- En esa línea, la Suprema Corte bonaerense ha descalificado todo el sistema competencial establecido por la

L.R.T.. Así, tras haber ratificado de entrada la competencia de los Tribunales del Trabajo para intervenir en las acciones comunes por accidentes (13) , y extender ese criterio a las acciones especiales fundadas en la ley 24.557, declarando la inconstitucionalidad del su. art. 46 (14) , no sólo descartó la pretendida aplicabilidad de la doctrina de los "actos propios", habilitando la intervención de la justicia del trabajo aun cuando el trabajador hubiere concurrido a las Comisiones Médicas (15), sino que posteriormente declaró la inconstitucionalidad de los arts. 8.3, 21 y 22 de la ley 24.557 (16), criterio que adoptó aun de oficio SCBA, 21/12/2005 (17) , e incluso antes de la traba de la litis (18) . Posteriormente, declaró inaplicable en el ámbito provincial la atribución de competencia a la justicia civil efectuada por el art. 46.2 de la LRT (19), declaró inconstitucional el art. 6.2 b) de la ley 24.557 (mod. por DNU 1278/2000), en cuanto atribuye a las Comisiones Médicas la potestad de definir si una enfermedad no listada debe ser resarcida, competencia que asignó igualmente a la justicia laboral (20) , a quien también declaró competente para definir el importe salarial con arreglo al cual deben determinarse las indemnizaciones tarifadas. (21)

· Del mismo modo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró la inconstitucionalidad del art. 46 de la ley 24.557 y convalidó la competencia de la justicia ordinaria laboral provincial -en un caso en que el trabajador había reclamado directamente ante los tribunales laborales, sin pasar por las Comisiones Médicas- en el leading-case "Castillo" (22) , en el que confirmó la sentencia de la Suprema Corte de Mendoza, criterio que reiteró poco tiempo después al convalidar la sentencia dictada por la Suprema Corte de Buenos Aires en el citado caso "Quiroga". (23)

· Más adelante, el Alto Tribunal extendió esa solución a los casos en los cuales el trabajador, en lugar de deducir la acción especial directamente ante los tribunales laborales, había transitado previamente por las Comisiones Médicas, para posteriormente desandar ese camino y recurrir ante la justicia ordinaria, lo que evidencia que no es admisible asignar efectos de cosa juzgada a lo decidido por las Comisiones Médicas, como inconstitucionalmente lo establece la ley 27.348. Así, en el precedente "Venialgo" (2007), revocó la sentencia que había declarado la incompetencia de la justicia del trabajo en el entendimiento que, habiendo el trabajador concurrido a la Comisión Médica, debió recurrir sus decisiones ante la justicia federal de la seguridad social, razonamiento que fue descalificado por el Alto Tribunal(24). Dicha solución fue reiterada poco tiempo después en el fallo "Marchetti" (2007), en el cual, resolviendo un conflicto negativo de competencia entre la Justicia Nacional del Trabajo y la Justicia Federal de la Seguridad Social, convalidó lo resuelto por esta última, declarando la competencia de la justicia del trabajo con base en la doctrina mencionada (25). Criterio que fue vuelto a confirmar por la Corte al fallar el caso "Obregón" (2012), en el cual, revocando la sentencia del Tribunal Superior de Córdoba que había confirmado el fallo de Cámara que rechazó las prestaciones de la ley especial porque el trabajador no había agotado la vía de revisión allí prevista, aplicó la doctrina de "Castillo", y recordó que la competencia de la justicia provincial no está supeditada al paso previo por las Comisiones Médicas. (26)

· Más aún: al resolver la causa "Sotelo" (2009), la Corte ratificó categóricamente esa doctrina, revocando la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Misiones que declaró la incompetencia de la justicia provincial para entender en una

acción común por accidente de trabajo en virtud de que no había sido descalificado el procedimiento ante las Comisiones Médicas regulado en el art. 21 de la LRT. Luego de ratificar la doctrina de "Castillo", la Corte (por remisión al dictamen de la Procuración) no sólo dio a entender que la inconstitucionalidad del art. 46 declarada en el referido precedente debía ser extendida a sus artículos 21 y 22, sino que, concluyó que la causa debía ser sustanciada por "la justicia laboral de la Provincia de Misiones", lo que evidencia que en este caso la Corte no sólo fijó doctrina respecto a la competencia funcional de la justicia provincial (en detrimento de la federal), sino que dio un paso más, resolviendo que, dentro del poder judicial provincial, la competencia material correspondía a la justicia del fuero laboral (en detrimento del fuero civil. (27)

- Finalmente, un último dato que corrobora la inexpugnable tendencia de la Corte Federal a desactivar el ataque a la justicia de trabajo que efectuó la ley 24.557 es aquél que indica que le ha atribuido la competencia a los jueces laborales provinciales incluso en casos en los cuales los propios trabajadores, siguiendo al pie de la letra el procedimiento ante los organismos previstos en los arts. 21, 22 y 46 de la ley 24.557, dedujeron no ya acciones autónomas comunes o especiales, sino "recursos de apelación" de lo decidido por las Comisiones Médicas ante la justicia federal, en los términos del art. 46.1 de la L.R.T. y el decreto 717/96. (28)

- Finalmente en orden las reformas de tipo sustantivas que la ley incorporada, cabe señalar que resulta positivo el intento de traer a valor presente el salario del trabajador. Sin embargo, el desconocimiento conceptual de la deuda indemnizatoria laboral, como obligación de valor, lleva al legislador a continuar aplicando el sistema nominalista, morigerado mediante engorrosos ajustes, que bien pudieron evitarse con el simple

recurso de aplicar el criterio del art. 208 de la Ley de Contrato de Trabajo para la determinación del valor actual del salario, respetando la regla de la norma más favorable.

- El artificio legal impuesto para legitimar la reparación tarifada, en cuanto la misma pueda ser probado que es irrazonable y mezquino, en relación a créditos de carácter alimentario, sigue siendo violatorio de la regla general de derecho “alterum non laedere”, consagrada en el art. 19 de la Constitución, nacional conforme la doctrina de la Corte, sentada en el caso “Aquino”, en septiembre del 2014.
- Por lo tanto, hasta tanto el Poder Legislativo cumpla con el mandato constitucional de establecer un verdadero sistema garantista de prevención y reparación de los daños derivados de siniestros laborales, se impone descalificar la validez constitucional de la ley 27.348 en los aspectos mencionados.

Notas:

[1] Se trata de empresas guiadas por la lógica de la maximización de beneficios, los que se logran a partir de retacear las indemnizaciones a los trabajadores infortunados.

[2] En tal sentido la Corte Suprema ya en el año 1977 había afirmado que la garantía de defensa en juicio, se integra también con “el derecho a una rápida y eficaz decisión judicial” (Fallos 298-312).

[3] Es criterio jurisprudencial que esa presunción solo podría ser revertida por una prueba concluyente de que existe un sustancial interés estatal que la justifique y a su vez que el medio elegido promueva efectivamente ese fin y, además, si que no existen otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la regulación cuestionada (conf. criterio C.S.J.N., en “Hooft, Pedro Cornelio

Federico c/Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, sentencia del 16-11-2004, cuya mayoría componen los Dres. Petracchi, Fayt, Maqueda, Zaffaroni y Highton de Nolasco; Fallos 322:3034). Pero esa restrictiva excepcionalidad no puede jugar en relación a los derechos humanos y sociales fundamentales y su amparo en estado de necesidad.

[4] D.A.D.D.H, Artículo XVIII “Toda persona puede recurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponerse de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

[5] D.U.D.H., Artículo 8 “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales competentes que la amparen contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”; Artículo 10 “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial”

[6] PIDCP, Art. 2.3 “Cada uno de los Estados partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a) Toda persona cuyos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violadas, podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando la violación hubiera sido cometida por personas que actuaran en ejercicio de sus funciones oficiales.”; Art. 14.1 “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con la debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal

formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil...”

[7] C.A.D.H. Art. 8.1 “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”; Arit.. 25.1 “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra los actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de funciones oficiales”

[8] La convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad, ratificada por ley 26.378, dispone en su art. 13.1: “Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás”.

[9] La Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad dispone en su ART 1. 1. “Discapacidad. El término "discapacidad" significa una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social.”

[10] La misma Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las

Personas con Discapacidad aclara en su art. 1.2

“Discriminación contra las personas con discapacidad. a) El término "discriminación contra las personas con discapacidad" significa toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales.”

[11] En ese sentido dispone la CSJN en el precedente “Ángel Estrada”: que la jurisdicción de las agencias se circunscribe a las materias que configuran "el corazón" de las tareas que tuvo en miras el Congreso que las emplazó.

[12] S.C.B.A., 31/8/2011, "Villalón, Juan Carlos c/ Lastra, Tomás Federico".

[13] SCBA, 30/9/1997, "Alcaraz c/Fapiquin SA", publicada en Trabajo y Seguridad Social, 1999, 373; SCBA, 29/12/1998, "Mardones c/Erviti Hnos. SRL".

[14] SCBA, 23/4/2003, "Quiroga, Juan Eduardo c/ Ciccone Calcográfica SA", publicada en Derecho del Trabajo, 2003-A, 884.

[15] SCBA, 24/9/2003, "Romero c/Conarco Alambres y Soldaduras SA".

[16] SCBA, 8/6/2005, "Rufino c/ Provincia ART SA".

[17] SCBA, "Zabala c/ Nuevas Cristalerías Avellaneda".

[18] SCBA, 17/5/2006, "O., D", c/ "A.C."

[19] SCBA, 26/11/2008, "E., d." s/ Medidas preliminares"

- [20] SCBA, 22/12/2010, "Gómez c/ Esso Petrolera Argentina SA".
- [21] SCBA, 31/8/2011, "Villalón c/ Lastra".
- [22] CSJN, 7/9/2004, "Castillo, Angel s. c/Cerámica Alberdi S.A.", publicado en La Ley, 2004-F, 131.
- [23] CSJN, 15/2/2005, "Quiroga, Juan Eduardo c/ Ciccone Calcográfica").
- [24) CSJN, 13/3/2007, "Venialgo, Inocencio c/Mapfre Aconcagua ART", publicado en La Ley On Line, AR/JUR/12212/2007
- [25] CSJN, 4/12/2007, "Marchetti, Néstor Gabriel c/ La Caja A.RT. S.A.", publicado en La Ley On Line, AR/JUR/10863/2007
- [26] CSJN, 17/4/2012, "Obregón, Francisco Víctor c/ Liberty ART", publicada en Derecho del Trabajo, 2012,1865.
- [27] CSJN, 13/10/2009, "Sotelo, Rodolfo c/González, José Carlos y otros".
- [28] CSJN, 8/2/2005, "Ramos, Ariel c/ Comisión Médica nº 13 de Bahía Blanca s/apelación"; CSJN, 3/5/2005, "Melchior, Laura Noemí s/apelación dictamen de comisión médica"; entre muchas más).

IX. CRUEL EN EL CARTEL.. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DEL D.N.U. QUE MODIFICA A LA LEY DE RIESGOS DEL TRABAJO.

Publicado en el No. 4 de La Defensa, revista informática del IDEL-FACA., 27 de febrero del 2017.

1.- INTRODUCCIÓN.-

Este trabajo asume una defensa difícil. La defensa de los defensores no es una tautología sino un calvario. Y como algunas buenas defensas pasa por atacar.

El ataque está dirigido a la falsa construcción cultural denominada la industria del juicio y la supuesta litigiosidad que involucra. Un concepto ya instalado en imaginario argentino, por sucesivos gobiernos y con apoyo manifiesto de sectores de la doctrina, y de importantes medios de comunicación masiva, que terminan generando un intencionado y falso prejuicio contra la justicia laboral y los abogados que en ella se ganan el sustento representando a los asalariados. Abogados que no dejan de ejercer un rol de auxiliares de ese servicio público, tan delicado como el que corresponde a construir en lo posible un convivir justo y digno.

Juega en contra de nuestro cometido, las corruptelas de la burocracia judicial y de la abogacía, que existen y excusaron para construir el cruel cartel de la industria del juicio. Corruptelas vituperadas en muchos casos por los mismos que la alimentan. Machacadas con tal desmesura, que el vituperio alcanza a hacer dudar sobre el posible intento de ese quehacer humano, que no es una industria, sino un servicio ineludible a brindar por el Estado de Derecho.

La industria es el cartel, que es cruel, y con apoyo de la imagen creada por el poeta, elegimos para título, con un entrañable propósito de ser fiel a la profesión de la que hemos vivido en cincuenta y cuatro años de dura práctica.

El trabajo nos servirá para dar a conocer mejor, las posiciones que hizo suya sobre el tema la Federación Argentina de Colegios de Abogados.

Esto nos lleva a la excepcional medida que refiere al ejercicio del poder legislativo, por el poder ejecutivo, dando por sentado y cierto al cruel cartel.

El Decreto de Necesidad y Urgencia (D.N.U.), 54/2017, dictado por el Poder Ejecutivo, introduce una nueva reforma al Régimen de Riesgos del Trabajo, que se instituyera por la Ley 24.557.[2]

La norma es un intento de revitalizar la política laboral que desde la década del noventa, con la sanción de la ley 24.028, pretende combatir la litigiosidad obstaculizando el acceso irrestricto ante el Juez Natural, de los reclamos por daños y perjuicios padecidos por las víctimas de infortunios del trabajo.

El trabajo hace a la dignidad del hombre y la Constitución argentina así lo reconoce.

La Ley 26.773, derogada en la ocasión, agraviaba a la Constitución, pero lo mismo sucede con el D.N.U. 54/2017.[3]

Dispone el art. 14 bis, que el legislador debe proteger al trabajo, mediante la ley, “asegurando al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor;...”.

Y resulta indigno para la legislación operativa de los derechos fundamentales, que el trabajador no cuente con el derecho a reclamar ante el poder judicial, sin impedimentos legales, prestaciones de salud y resarcimiento integral de los daños en la salud o vida, acaecidos en el cumplimiento del débito laboral. [4]

Esta crítica alcanza a las sucesivas reformas del régimen de riesgos de trabajo, que fueron obstaculizando hasta el presente, el acceso irrestricto al procesamiento judicial, a partir de un cruel entramado de condiciones que cumplen la función de extorsionar a las víctimas, para que puedan acceder a las reparaciones.

Es necesario desde la doctrina llevar a cabo el control de constitucionalidad de esa norma, por lo que pasamos a encararlo.

2.- LOS VICIOS EN LA SANCIÓN.

Este D.N.U. violenta las disposiciones de la Constitución que habilitan al poder administrador a actuar excepcionalmente como poder legislativo.

La excepcionalidad cobra más relevancia, cuando se advierte que dentro de las potestades del Poder Ejecutivo no se encuentra la posibilidad de imponer el derecho común a la Nación. Función que corresponde Congreso y la materia regulada en ese decreto es propia del derecho común.

Para eludir un debate en la Cámara de Diputados de la Nación, donde el partido de gobierno no cuenta con mayoría, sin que la materia abordada objetivamente pueda ser encuadrada en la urgencia que se invoca dogmáticamente, se procedió a legislar ejerciendo en forma abusiva poderes extraordinarios, por decreto.

La norma fue sancionada conforme al estado del proyecto en trámite, sancionado en el Senado de la Nación, impidiendo de esa forma culminar el normal trámite parlamentario en la Cámara de Diputados. Como acto de gobierno desmerece la labor parlamentaria, en un país donde los vicios del presidencialismo han dejado marcas imborrables.

Esto altera la reglas del Estado de Derecho y la división de poderes que caracterizan al régimen republicano adoptado en la Constitución Nacional. Las leyes sólo se dictan y modifican a través de otra ley, sancionada por el Congreso Nacional. Lo prescribe el artículo 99 inciso 3° de la Constitución Nacional.[5]

El argumento justificante de la urgencia para esquivar por un atajo a la Cámara de Diputados, es el de la supuesta elevada litigiosidad, por expedientes en trámite ante la justicia.

Independientemente de la asunción de este falso argumento esgrimido por las ART que lo sostienen y la SRT que las apoya, no existen estudios fundados que puedan permitir esa calificación, que responde a dos motivaciones interesadas. Las ART, por cuanto si no se litiga contra ellas en función de daños probados y dejados de resarcir, legitiman ganancias ilegítimas y la SRT, por cuanto cada juicio que prospera, es testimonio de su anterior operar burocrático ineficiente, en el control del proceder arbitrario de las dejadas de controlar.

Es doctrina vigente de la C.S.J.N., que la Constitución Nacional no habilita a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o la imposición más rápida de ciertos contenidos materiales por medio de un decreto; y que el ejercicio de las funciones legislativas por el poder administrador responde sólo a condiciones de rigurosa excepcionalidad y con sujeción a exigencias formales, a las que deben someterse los gobiernos.[6]

También que para que el Poder Ejecutivo pueda ejercer las excepcionales facultades legislativas deben darse dos circunstancias: a) Que sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto por la Constitución, vale decir, que las Cámaras del Congreso no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor (caso de actos de guerra o desastres

naturales) que impidiesen el funcionamiento de Congreso y que la solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes; b) Que los jueces pueden controlar la existencia del estado de necesidad y urgencia, la que no veda el acto discrecional del poder administrador.[7]

Juan J. Formaro sostiene al respecto: “No es el caso del régimen de riesgos del trabajo, reformado en el año 2012 por el Congreso Nacional dentro del ámbito de su competencia para regir como derecho común en el marco de los infortunios laborales.- Sistema cuya revisión, tal como ya se apuntara, se hallaba siguiendo los carriles parlamentarios con inusual celeridad (pues el proyecto de ley que versara sobre el asunto ingresó al Congreso el 20/10/16 y obtuvo media sanción por parte del Senado con fecha 21/12/16).[8]

Si la urgencia alegada fuera cierta, la actividad de las ART daría pérdidas y por el contrario esta función intermediadora, produce ingentes ganancias.

Los trabajadores cubiertos por estos seguros obligatorios a octubre de 2016 llegó a 9.750.241 y la facturación de las ART alcanzó \$5.902.841.412. Los balances presentados ante la Superintendencia de Seguros de la Nación, reflejan que al tercer trimestre de 2016, las ART obtuvieron una ganancia neta de \$ 1.563.093.771, lo que equivale al 26 por ciento de ganancias netas de esta actividad, que no reflejan las ganancias indirectas por sobre facturación de prestadoras dependientes o asociadas a la aseguradora. Empresas aseguradoras como Galeno ART o Swiss Medical ART, no dejan de ser nada más que parte del grupo económico que

integran y que se compone varios frentes operativos. A esta actividad, no se la suele calificar como industria.

3.- EL SUPUESTO AUMENTO DE LA LITIGIOSIDAD.

Las estadísticas de infortunios invocadas para fundar la reforma, por sus autores, calificando a la litigiosidad como una lacra social, no se corresponden con la realidad. La falta de estadísticas acabadas en la materia es una falencia que los investigadores de las ciencias sociales han resaltado reiteradas veces.[9]

Los datos dados a conocer por la autoridad en la mayor parte de los casos no indican fuentes, investigaciones serias o encuestas intentadas. Las pocas fuentes que se reconocen distan de ser confiable y dejan de expedirse en los temas más significativos, para no afrontar la evidencia de la acumulación de causas sin resolver como intencionada forma de financiamiento de las mismas.

La relación entre causas judiciales en trámite e infortunios que llegan a ser procesados por el sistema de riesgos del trabajo no puede ser calificada de excesiva. Eso sin tener en cuenta que los infortunios reales, son muchos más que los considerados en función de los procesamientos sobre los que informan la Aseguradoras.

En el sector formal, la SRT verifica alrededor de 660.000 infortunios laborales anuales, procesados, según sus últimas estadísticas oficiales realizadas en relación a la información aportada por las ART.

A este número de infortunios debe sumarse los que corresponden al trabajo en negro, que en relación al registrado

supera al 33 por ciento del mismo. Sumados ambos rubros, los procesos administrativos (a tramitar ante las ART, las empresas auto aseguradas o directamente ante la S.R.T.), deberían elevarse aproximadamente a 880.000 casos, para el año 2016.

Se sostiene que la cantidad de juicios en trámite en la actualidad, es de 340.000. Es ésta una afirmación hecha durante el debate parlamentario del proyecto de reforma, luego transformado en D.N.U. por el Superintendente de Riesgos del Trabajo y corroborada por el Ministro de Trabajo, aclarando además que los juicios en trámite duran un promedio de tres años, para poder hacerse efectivos los créditos.

Los escasos estudios de campo llevados a cabo, entre otros en el Instituto de Derecho Social de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, que dirige el autor de este trabajo, indican que el promedio de duración las causas judiciales es de seis años. Los últimos casos resonantes en los que la Corte intervino, corresponden a causas de más de diez años de trámite. La página de internet de la S.R.T., informa que para el 2016, las causas judiciales en trámite eran 122.491, sin aclarar en debida forma si se refiere a iniciadas en el año o acumuladas sin resolver. Que el dato no es confiable, resulta de compararlo con juicios laborales iniciados (de todo tipo), que en la Provincia de Buenos Aires en el 2015, fueron 61.373, informa la S.C.J.B.A, y en la Capital Federal 65.500, según estima informa la C.N.A.T. Se debe tener en cuenta que las causas por infortunios no alcanzan al 25 por ciento del total de las que se inician. Adviértase que la Provincia de Buenos Aires alberga al 40 por ciento de la población del país y que la Capital Federal es la segunda jurisdicción en importancia.

El gobierno, para justificar la medida represiva del litigio, resalta que en la Capital Federal, aumentó considerablemente el número de causas por infortunios. Señala que en el 2010, fueron en esa jurisdicción 52.054 y representaban el 28 por ciento del total de las iniciadas y para el 2015, era 104.047 y representaban el 43,8 por ciento de las iniciadas.

La causa no expuesta ignorada y verdaderamente significativa, de ese importante incremento de causas porteñas, es que en la Provincia de Buenos Aires, los juicios que pueden durar entre 6 y 10 años, se resuelven con intereses sobre las deudas calculados a tasa pasiva.

Esto determina que el valor real de las reparaciones en algunos casos se envilece notoriamente.

Por lo tanto los trabajadores, cuando pueden, optan por la Capital Federal, (sede de numerosas empleadoras y ART), por cuanto la tasa que reconoce la C.N.A.T., supera a la provincial y en alguna medida purga la inflación sin llegar a compensarla totalmente.

Se debe señalar al respecto, que la jurisprudencia laboral les niega arbitrariamente a estos litigios el carácter propio de los juicios por obligaciones de valor, dándole el trato propio a las obligaciones de las deudas de dinero, lo que permite a las deudoras, el financiamiento de las deudas a partir del ejercicio del derecho de defensa, para culminar en el deterioro el crédito en un proceder que las ART y el propio Estado como auto asegurado, incurren sistemáticamente.[10]

En relación con los estimados 880.000 infortunios anuales acaecidos en el 2016, la doctora Adriana Séneca en una investigación a partir de la propia información facilitada por las ART y registrada por S.R.T., concluye que por sobre el total de

infortunios rechazados de otorgamiento de prestaciones, tramitados entre en 2002 y el 2015 la litigiosidad alcanza al 3,72 por ciento de los mismos. Resaltamos que ese índice refiere a procesos con rechazo. [11]

Se hizo público otro dato que refiere a la estimación el pasivo potencialmente exigible en los juicios que se tramitan actualmente, estimado en 45.000 millones de dólares.

De ser cierta esta abultada cifra que no se apoya en estudios estadísticos verificables, las conclusiones que de ella pueden desprenderse son variadas y diversas.

Desde un enfoque social y humanista, una suma de ese monto implica, un número muy grande de personas en estado de extrema necesidad, que vienen financiando con su salud y vida, el negocio de postergar y tratar de evitar el pago de las prestaciones reparatorias de daños padecidos.

Un crédito potencial pendiente de esta naturaleza, es demostrativo de un grupo humano que va camino de la marginalización social y que se encuentra privado de derechos alimentarios propios y del grupo familiar que debe hacerse cargo de lo que teóricamente debería ser soportado con fondos a los que con su trabajo han contribuido a constituir.

La simple lectura de las disposiciones tanto de la Ley madre 24.557, como de los textos que las leyes y el decreto reformadores, ponen de relieve que el sistema preocupa al legislador en relación a un sujeto protegido y éste no es la víctima de los infortunios, sino las ART.

Impone la norma sancionada en esta oportunidad, la reinstalación como instancia obligatoria previa y excluyente a todo reclamo, de un trámite ante la Comisiones Médicas, organismos administrativos que dependen de la

Superintendencia de Riesgos, para acceder a las prestaciones en especie (tratamientos médicos y dinerarios -salarios de licencia temporaria o indemnizaciones por incapacidades permanentes o muerte).

Para percibir esos haberes que encuentran a las víctimas en una manifiesto estado de necesidad, se les condiciona con la conminación a firmar un acuerdo, al que se le califica como de cosa Juzgada, en los términos del artículo 15 de la LCT.

En juicios de daños y perjuicios como los típicos de la reparación por accidentes y enfermedades causadas o agravadas por el trabajo, la restricción de acceso libre y directo a la justicia laboral, implica una vuelta a las disposiciones de la ley 24557 sancionada en 1995, que fuera declarada inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por violar los artículos 8° y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Arbitrariamente propone legitimar instrumentos procesales que ya intentados, fueron declarados inconstitucionales por el más Alto Tribunal del país.[12]

El régimen impuesto por la ley 24.557, ha provocado desde su sanción, ya hace 22 años, un número no repetido de declaraciones de inconstitucionalidad, por los Tribunales de todas las instancias del país. Las numerosas reformas que se intentaron, reconocieron este hecho y cada una de ellas intentó mejorar las condiciones de los trabajadores, pero con ellas no se pudo sanear los defectos constitutivos de un sistema de seguros sociales obligatorios, que se acerca al programa constitucional impuesto en el art. 14 bis de la Constitución Nacional, al mismo tiempo que lo desvirtúa por no cumplir con los requisitos que el mismo prevé.

La falla básica es insanable por esa vía de reformas y responde a la delegación de las funciones propias de la

seguridad social, en un grupo oligopólico de sociedades anónimas que debiendo otorgar prestaciones en especie de salud, reparar daños causados y prevenir otros, actúan, como es lógico suponer, guiadas por la ley económica de la maximización de los beneficios. Por lo que ninguna de esas funciones llega a ser satisfecha eficientemente, pese a que los cuantiosos fondos recaudados por aportes de un verdadero impuesto social encubierto, alcanzan al 3,5 por ciento de los salarios de los dependientes del empleo privado y público.

Ese proceder arbitrario e ineficiente de una burocracia privada, concesionaria de un servicio público y de la autoridad administrativa que debería controlar su actuar, se conecta con una estructura que apaña la subsidiación de la reparación de daños para beneficio de empleadores que encuentran en los seguros sociales obligatorios, la forma de desligarse de las responsabilidades que tienen en daños que causan.

La privatización del sistema de cobertura de riesgos de salud no relacionados con el trabajo y propia del régimen jubilatorio, que inicialmente fue instaurada con participación de las AFJP, tuvo que ser abandonada. La subsistencia del régimen privatizado reiteradamente objeto de enmiendas, delegado en las ART, que gastan por medio de su Cámara de representación importantes fondos que se restan a prestaciones de salud que no se otorgan en campañas de publicidad, es de por sí un precario mantenimiento de una tercerización innecesaria. Alimenta a la industria de la medicina privada de bajo costo y calidad y resta fondos a la medicina pública y estatal, a la que termina por delegar los tratamientos que no se asumen.

Curioso es el papel de una burocracia sindical, que gestiona y obtiene fondos de sus obras sociales, cuando apoya este tipo

de reformas y debemos entender que sus posiciones están relacionadas con los vínculos que también mantienen con ese tipo de medicina privada en la gestión de sus propias obras sociales a las que tercerizan.

El apoyo brindado por el gremialismo empresario, responde a otras razones. Tiene la natural motivación de defender un sistema de subsidiación de costos empresarios, que les brinda un blindaje atenuador de las responsabilidades propias de la actividad que los beneficia. La externalización de costos de la empresa, por medio de un seguro social obligatorio, si no se encuentra respaldada por un eficiente derecho de daños, incentiva la accidentabilidad. Bien aplicada la teoría general de la responsabilidad, opera mejor que el ejercicio del poder de policía, para prevenir la existencia de los infortunios evitables.

Las ART, como empresas de seguros, especializadas en los temas financieros, encuentran mayores ganancias, cuanto menos o más baratas prestaciones de salud otorgan y en la medida en que dejan de afrontar la reparación de daños, que justifican el fin de su existencia. Esa es la principal razón determinante de la inmensa mayoría de las causas judiciales en trámite. Muchas de ellas responden a mala praxis médica.

El ejemplo más claro de esta sistemática que termina en el proceso judicial al que se empuja a las víctimas, se encuentra en las enfermedades causadas por el trabajo, que siendo rechazadas por las ART arbitrariamente, encuentran que la SRT mantiene los criterios de las aseguradoras y que luego de arduos y lentos procesos judiciales progresan a partir de declarar inconstitucional la LRT y anular los viciados procesos administrativos. Nulidad que alcanza al procesamiento en el seno de la actividad de la aseguradora, y durante la revisión administrativa que resulta funcional a la

anterior, y que impidió tratamientos médicos otorgados en tiempo y forma, salarios de incapacidad temporal reconocidos y dejados de hacer efectivos y reparación del daño permanente causado.

A esa se le suman otras causas motivantes de litigios. Por ejemplo, la conducta de empleadores que dejan de contratar el seguro obligatorio, porque mantienen a sus trabajadores sin registrar (se estima oficialmente que el 38 por ciento de los empleados bajo relación de dependencia trabajan en negro).

O la de aquellos otros patrones, que registran sólo parte de las remuneraciones, incidiendo en el Salario Básico Mensual, que constituye el módulo de la tarificación, lo que provoca que las aseguradoras abonen daños sub estimados.

Es ésta una práctica de fraude previsional habitual en la relaciones laborales argentinas.

En el proceso administrativo ante la S.R.T., a los trabajadores les resulta imposible demostrar el fraude mediante trabajo total o parcial en negro y resulta una pérdida inútil de tiempo recorrer otra vía que acudir ante un juez especializado en las relaciones laborales para legitimar los créditos.

El juicio, en muchos casos, es para las víctimas de esos infortunios el necesario y único camino a recorrer para no terminar subsidiando el daño.

Un régimen de cobertura de daños, que es gestionado privadamente a partir de ese estado de cosas, provoca naturalmente litigiosidad. Mientras este sistema inconstitucional se mantenga, la litigiosidad irá aumentando, en un país que totalitariamente no vede el acceso irrestricto al debido proceso judicial, ante jueces que estén especializados en las normas de

seguridad e higiene y la problemática del fraude laboral y de la seguridad social.

Los medios de comunicación y el propio Poder Ejecutivo han calificado peyorativamente a esta litigiosidad.

No se advierte, que es el propio sistema el que obliga a un procesamiento administrativo de los infortunios, que debe contar con la revisión y el acceso libre al control propio del proceso judicial como única garantía idónea.

La cara oculta de la litigiosidad, verdadera lacra del sistema, está en las causas judiciales que se dejan de procesar por cuanto las víctimas temen represalias, no encuentran abogados preparados para especializados juicios de inconstitucionalidad, desconfían de la eficiencia y honestidad del servicio de justicia o son derivados por gestores o abogados, a transacciones a la baja con las ART o los empleadores, conformando con su proceder la renuncia de derechos irrenunciables.

Advierta el lector, lo que importa como causal de litigio por ejemplo, que el sistema oficialmente reconozca que del total de las prestaciones, por enfermedades causadas por el trabajo, en sus más de dos décadas de vigencia, funciona otorgando un promedio de prestaciones del dos por ciento del total de las concedidas. Cuando la Organización Internacional del Trabajo, reconoce que de los infortunios laborales, las enfermedades alcanzan a ser el 38 por ciento y los accidentes de trabajo el 62 por ciento, las prestaciones otorgadas a enfermedades no tiene correlato alguno con la importancia de ellos en cuanto a los infortunios.

Las prestaciones por enfermedades, que no se otorgan y deberían ser otorgadas, se encuentran encuadradas entre el 2

por ciento y el 38 por ciento de los infortunios. Es este un reservorio de conflictos postergados y reprimidos, que aumenta su presión constantemente (envilece las relaciones laborales del país) y provoca naturalmente que los juicios deban aumentar en su número, transparentando una situación sobre la que las partes interesadas en el negocio de no cumplir con sus obligaciones legales (empleadoras y aseguradoras) y el poder administrador con la ineficacia de su proceder de control, no reconocen sus innegables responsabilidades en el aumento de las causas en trámite.

A los interesados en simular o negar esa realidad, les resulta útil simplificar la cuestión calificando a la litigiosidad con términos como “vil” y a los abogados de la víctimas como “caranchos”, participando de una corriente de opinión, impulsada por una ideología fascistizante, que termina vituperando, y criticando a las víctimas y al proceso judicial, cuando este pone de relieve las lacras en el caso particular.
[13]

Esta nueva reforma, obstaculiza, pero al mismo tiempo es causa real y objetiva de litigiosidad. Por vía de un decreto de necesidad y urgencia, como las anteriores, mantiene vigente un negocio ideado a partir de expertos en finanzas y seguros, gestado a partir de la seguridad social, con medidas instrumentales que terminan siendo una puerta abierta a las violaciones del art. 19 de la Constitución Nacional, en cuanto consagratorio del principio “alterum non ledere” (asumido en el derecho del trabajo como deber de indemnidad del trabajador) y del art. 43, en cuanto otorga a los asalariados, un trato discriminatorio. Para lograr ese objetivo las medidas instrumentales agravan al debido proceso judicial y al derecho de defensa (art. 18 de la C.N.).

4.- EL NECESARIO PROCESAMIENTO DEL INFORTUNIO QUE LIMITA LA TRANSACCIONALIDAD.

Desde 1915 (con la sanción de la Ley 9688), el derecho positivo argentino, trató de sacar el tema de los procesamientos de los infortunios de trabajo, del mercadeo transaccional condicionado por el mayor poder negocial de las patronales o sus aseguradoras.

Lo que el legislador social procuró, hasta el advenimiento de la legislación regresiva de la etapa de la restauración conservadora (iniciada en la última década del siglo XX y de la cual no hemos salido), es que todo infortunio laboral debiera ser procesado, administrativa y/o judicialmente, con especial protección de los derechos de reparación de las víctimas.

El proceso debe servir para determinar realmente la causa, cuantía y la importancia del daño. Y no solo para que la víctima sea reparada, sino también para que la conducta dañante no se repita, debiendo para ello, denunciarse los infortunios reconocidos, practicarse estadísticas de los mismos y sancionarse administrativamente las violaciones a la normativa de seguridad e higiene que se constate y se procesen ante la justicia penal, las lesiones y homicidios culposos o dolosos.

Este control necesario, en un país que respete la salud de su población, ha sido siempre duramente resistido por los empleadores y las administraciones sensibles a sus intereses. Una de las líneas de resistencia pasó por dar al infortunio obrero las características de un negocio privado entre partes. En definitiva en ajenizar al Estado del control del mismo.

Para evitar esto, afirmó por parte de la doctrina y la jurisprudencia el principio de irrenunciabilidad de los créditos laborales, siendo los accidentes de trabajo, la figura pionera,

que en la materia limitaba el proceso transaccional de los derechos que sistematizaron al orden público laboral.

No era posible transar lo que no estuviera procesado administrativa y/o judicialmente. Pero el proceso administrativo, podía ser revisado judicialmente.

Sin una pericia médica judicial determinante de la causalidad laboral y las incapacidades sobrevinientes, no era posible que las partes sometieran a homologación sus acuerdos. Lo mismo sucedía con los valores del módulo salarial de la tarifa. Sin prueba que el juez evalúe al respecto, las partes no podían adjudicar al salario un valor, que no convenciera a la autoridad de que tras un posible acuerdo en la materia, no se encubría una quita en los derechos mínimos irrenunciables, a la sombra de la tarifa.

Los jueces imbuidos de estos principios, controlaban hasta los allanamientos, por cuanto tras los mismos, se puede encubrir acuerdos en los que el valor de las indemnizaciones sólo está determinado por la relación entre la hiposuficiencia de la víctima y el poder económico del dañante o su asegurador. En consecuencia la honestidad del acuerdo alcanzado depende, del valor del salario diario o de la incapacidad reconocida, módulos éstos que determinan el control racional de la propuesta conciliatoria.

La regresión de la reforma impuesta por la Ley 24.557 y exacerbada con el D.N.U. 54/2017, ha invertido la dirección tuitiva de la ley. La ley conservadora, procura hoy la conciliación. Y con ello se disimula la renuncia de posibles derechos reparativos a partir de acuerdos.

Estas circunstancias no han merecido consideración en los trámites parlamentarios previos y en los fundamentos dados al

D.N.U. que sometemos a crítica, pero sin embargo debemos tenerlas en cuenta, por cuanto el debate sobre la constitucionalidad de la reforma, no puede instalarse fuera de la naturaleza de los derechos a procesar.

Es un debate que cobra sentido a partir de lo obvio. Y lo obvio no puede pasar, desapercibido a los juristas. Es decir, en el caso, el debate de fondo actual, con referencia a todo el sistema de la LRT 24.557 reformada, se instala en la afirmación del principio de indemnidad dándole sentido al principio de irrenunciabilidad. Y esto lleva a tener que resaltar la valoración que corresponde al irrestricto acceso a la justicia en este delicado tema social.

5.- EL ACCESO A LA JUSTICIA Y LA GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO ANTE EL JUEZ NATURAL.

La trama de la L.R.T. 24.557, la Ley 26.773, y el D.N.U. 54/2017, además de la copiosa regulación reglamentaria vigente del sistema, mediante un trato discriminatorio, cercena a los trabajadores víctimas de infortunios de trabajo su derecho a una justa reparación de los daños sufridos y les veda el acceso irrestricto a la justicia y el derecho a un debido proceso, acudiendo ante el juez natural y el fuero especializado.

Esto surge al analizar las normas que regulan el funcionamiento de las Comisiones Médicas y los procedimientos a seguir ante las mismas. Estos organismos, son los encargados de decidir sobre múltiples cuestiones fácticas y jurídicas ajenas al saber científico de los médicos, sellando con su decisión la suerte del reclamo formulado por el trabajador siniestrado. Otras materias, igualmente ajenas a la medicina (si hubo o no relación laboral y el monto real del ingreso base), son razonablemente remitidas a conocimiento de la "autoridad competente" que, por cierto, no puede ser otra

que la justicia, por lo que las propias reglamentaciones administrativas presuponen una instancia previa judicial condicionante para poder operar eficientemente.

Toda esta normativa es inconstitucional por cercenar el derecho a un debido proceso de los trabajadores accidentados y enfermos, sin garantizarse el suficiente "control judicial" que la misma ley declama.

Con obstinación, el legislador en la Ley 26.773 y ahora en el DNU 54/2017, redobló la apuesta a favor de la censura al acceso a la justicia ante el juez natural y la anulación de la competencia del fuero de trabajo. Para ello probó primero anular el derecho a ejercer las opciones previstas, en la legislación anterior por parte de la Ley 24.557, ya reformada, puesto que inicialmente sólo admitía las derivadas de violaciones al art. 1072 del Código de Velez Sarsfield. Ante las declaraciones de inconstitucionalidad que esto determinó, entró a regular obstaculizando por distintos medios al ejercicio de esas acciones imponiendo para alguna de ellas la competencia civil.

Probó el legislador en consecuencia dar satisfacción a un reclamo del empresariado, que pretendió que cuando el juicio de infortunios cobra todos los poderes que le asigna el derecho de daños, sea derivado a un juez, que trate a la víctima (un trabajador dependiente), en un plano de estricta igualdad y en función de los principios generales del derecho civil, desposeído del estado de protección que como sujeto de especial consideración le otorga la Constitución, para usar el lenguaje que bien la Corte acuñara en muchos casos, aunque no demuestre mucha coherencia con lo que declara en otros fallos.[14]

No se insistió en la maniobra de habilitación del fuero civil en el D.N.U., lo que en sí es positivo, pero se creó obstáculos para acceder al fuero laboral y cuando lo permitió, privilegió en lugar de las víctimas, los intereses de las aseguradoras y sus aseguradas.

Como obstáculo procesal, dispone el D.N.U., que será competente en el trámite administrativo previo y excluyente de otorgamiento de beneficios de la seguridad social, la comisión médica jurisdiccional correspondiente al domicilio del trabajador, o el lugar de efectiva prestación de servicios o, en su defecto, el domicilio donde habitualmente aquel se reporta, a opción del trabajador. (ats. 1 y 2 del DNU 54/20017)

Esta aparente opción del trabajador en el interior del país, suena a burla.

Tomemos como ejemplo la Provincia de Santa Fé.

Por la Resolución nº 3085/2014 de la Superintendencia de Riesgos, en la mayoría de las provincias hay una sola Comisión Médica. En el caso de Santa Fe la única tiene sede en la ciudad de Rosario.

La opción del art. 1º no tiene efectos prácticos para el santafecino.

El artículo que tiene efectos prácticos y éstos son negativos para las víctimas, es el 2º, cuando regula los recursos ante la Justicia. Dispone que es competente la Justicia provincial ordinaria con competencia en lo Laboral de la jurisdicción que corresponda al domicilio de la CM que intervino, razón por la cual, los únicos juzgados provinciales que intervendrán en accidentes y enfermedades laborales son los de la ciudad de Rosario, por lo que los trabajadores de parajes alejados algunos a más de 550 kilómetros de esa ciudad, en la práctica

sufrirán una denegación de justicia, ya que un enfermo o accidentado, no cuenta con medio o posibilidades de litigar lejos de su domicilio real, por las molestias, traslados e inconvenientes que ello acarrea, muchas veces sin comunicaciones diarias. [15]

La reforma plasmada en el D.N.U., lleva al derecho positivo, artificiosos mecanismos que vedan el acceso irrestricto a la justicia especializada, única capacitada para juzgar sobre el contrato trabajo en cuanto a los daños que tienen razón de hacer en sus prestaciones, en cuanto esos daños pueden responder a conductas culposas o dolosas, reguladas por la compleja legislación de seguridad e higiene, Ley 19.587 y sus reglamentaciones que se desgranar en decretos y resoluciones de la autoridad de aplicación, como así también en previsiones múltiples de más de dos mil convenios colectivos de trabajo.

La censura implícita en la desactivación de la competencia laboral, ya había sido planteada con timidez en el art. 16 de la Ley 24.028, pero se profundizó en la ley 24.557, mereciendo por ello críticas y sentencias de inconstitucionalidad en lo que hace al irrestricto acceso a la justicia por los trabajadores o sus causahabientes, en cuanto a las demandas por ante el juez natural, destinadas a acceder a justas e integrales reparaciones de daños padecidos.

De atenernos al texto al articulado del DNU 54/20117, el trabajador víctima de un infortunio laboral, que se encuentra asegurado, no podrá reclamar en forma irrestricta ante un juez laboral, la reparación de los daños y las prestaciones en especie (tratamientos médicos y de rehabilitación), cuando éstos le sean negados por un empleador dañante, su aseguradora de riesgos del trabajo, o la autoridad de aplicación

(Superintendencia de Riesgos del Trabajo y Comisiones Médicas), en la medida en que no siga los pasos de un procedimiento administrativo.

Ese proceso termina con el título declarativo de poder acceder a los fondos de la seguridad social que corresponden, culminado con un acuerdo homologable la situación, dándosele al mismo el carácter de cosa juzgada administrativa.

Demás está señalar que el trabajador que no conforme ese trámite, se ve impedido, encontrándose en estado de necesidad, a percibir esos haberes. O conforma, o no cobra créditos alimentarios. Si lo hace su conducta se la considera suficiente proceso judicial sustantivo a los efectos de la cosa juzgada, para que nada pueda ser revisado judicialmente.

Convengamos que el artilugio pasa por crear una nueva opción a partir de la extorsión del estado de necesidad. Esto en una ley que se supone operativa de derechos de los trabajadores, a los que la Constitución les reconoce como irrenunciables.

6.- LA POSICIÓN ADOPTADA POR LA FEDERACIÓN ARGENTINA DE COLEGIOS DE ABOGADOS.

Se ha señalado por el Instituto de Estudios Legislativos (IDEL), órgano de consulta de la Federación Argentina de Colegios de Abogados (FACA), que resulta peyorativo y agravante el trato dado a la justicia del trabajo, y que la normativa sancionada en la LRT 24.557 y sus sucesivas reformas hasta el D.N.U.

54/2017, constituye en una afrenta gratuita para los abogados y un valladar, para acceder a jueces especializados en la rama jurídica que debe hacer operativos a los derechos humanos y sociales.

Durante el debate parlamentario producido en el año 2016, referido a la reforma de la LRT, la Federación Argentina de

Colegios de Abogados (FACA), hizo suyos los términos del Dictamen que elevó a su consideración la Sección de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de su Instituto de Estudios Legislativos (IDEL) y lo elevó para su consideración ante la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, el 2 de diciembre del 2016, según nota que remitiera el doctor Eduardo Massot, presidente de la entidad. Los argumentos esgrimidos, atento a la sanción dada al D.N.U., siguen teniendo plena razón de ser. El documento es el siguiente:

“La justicia del trabajo es el último refugio con que cuentan los trabajadores cuando padecen actos ilícitos o daños sufridos en ocasión de la dación de tareas. Cuando ella se torna ineficiente y no cumple su misión, a los trabajadores sólo les espera la marginalidad social y la miseria. En un país en el que la corrupción empresaria ha llegado al punto del escándalo, el trato que reciben los trabajadores y la burla sistemática y fraudulenta del orden público social es natural al abuso y la explotación. Siendo las víctimas de esa corrupción, sujetos de especial consideración tuitiva constitucional, necesitan de abogados para su defensa.

“El fuero del trabajo y el ejercicio de la abogacía en el mismo, merecen un trato justo que no reciben, de la prensa sensible a los intereses empresarios, ni del presidente de la República.

“No hay acceso a la justicia de los sectores más desprotegidos de la población, sin el ejercicio libre, honesto y digno de la defensa.

El IDEL-FACA advierte que la justicia del trabajo viene siendo objeto de un trato peyorativo, al mismo tiempo que se deja de proveer los recursos humanos y materiales para que pueda cumplir su cometido. Prueba de ello es la falta de

provisión de los cargos de los magistrados, permaneciendo vacantes los puestos de desempeño, por incuria del Poder Ejecutivo en la elevación de los pliegos.

“A comienzos de junio pasado, estaban vacantes 29 Juzgados de Primera Instancia sobre un total de 80 y 8 vocalías de distintas salas de la Cámara sobre un total de 30.

“También el IDEL advierte que la campaña de medios alentada desde los sucesivos gobiernos, contra la mal llamada industria del juicio, se lleva a cabo infamando a los abogados laboristas y difamando al fuero del trabajo.

“Se reitera en la ocasión la política económica que a partir de una extorsión montada sobre la crisis, hizo pagar los costos del ajuste a los trabajadores reeditando el discurso y propiciando las mismas herramientas de flexibilidad que llevaron al país a una tasa de desempleo superior al veinte por ciento y propiciaron la tercerización y el fraude laboral y previsional que hoy impera.

“Manifestaciones del presidente de la República, (recogidas el domingo 24 de julio en el diario La Nación) en las que expresa que una de las dos condiciones que esperan las inversiones para concretarse es "...una justicia laboral más equitativa, no tan volcada a encontrarle siempre la razón a una parte", alientan un lamentable enfoque clasista que no puede ignorar ese estado de cosas.

“Un auténtico aliento a las inversiones, no puede afirmarse con indiferencia de los derechos humanos y sociales, la defensa de los mismos y el respeto a la independencia del poder judicial que se agravia.

“Acompaña a este proceso los anuncios, que pasan por otra nueva reforma de la Ley de Riesgos del Trabajo 24.557,

que se alienta desde sectores de gobierno, proponiendo el cese de la competencia laboral en los juicios de reparación de daños por infortunios propios de accidentes de trabajo y enfermedades causadas por el trabajo. Un artilugio procesal de ese tipo, consiste en una reaccionaria respuesta de censura, discriminante y contraria a la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos y Sociales que nos obligan. El fuero especializado tiene jerarquía supralegal por imperio del art. 36 de la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, que prescribe: "JURISDICCIÓN DEL TRABAJO": "En cada Estado debe existir una jurisdicción especial de trabajo y un procedimiento adecuado para la rápida solución de los conflictos".

“La campaña mediática referida a la llamada industria del juicio, acompaña a una política económica pro empresaria, que pretende socializar los costos de la reparaciones por daños resultantes tanto de la actividad lícita como la ilícita de los apropiadores del trabajo.

“Este particular socialismo a contrapelo del que moderadamente se esboza en la Constitución, se torna en una burla de la misma cuando los seguros sociales obligatorios, pasan a servir para liberar de los daños que produce por el despido arbitrario o el infortunio de trabajo que se debía evitar y se provocó por incuria y violación sistemática de las normas de seguridad e higiene o el deber de indemnidad de los trabajadores. En innumerables ocasiones, los tribunales del país, han tenido que ejercer el control de constitucionalidad difuso sobre normas inspiradas en esa política social que viola derechos humanos y sociales.

“Por lo demás, el mantenimiento de la legislación que inconstitucionalmente veda a los trabajadores, la actualización

del valor de sus créditos y el sostenimiento judicial de tasas de interés pasivas, hace posible que con la morosidad sistemática en la judicialización de los daños por despidos e infortunios de trabajo, eternizadas en prologados y burocráticos procesos que sirven para financiar a empresarios deudores y sus aseguradoras. Son esas las causas objetivas que hacen que la justicia del trabajo sufra el recargo de tareas que padece, y los créditos alimentarios que en ella se procesan, se licúen a precio vil.

“Los abogados deberán seguir cumpliendo con su ministerio, que cuando se trata de defender a los humildes, los honra tanto o más que cuando se defiende a los poderosos. Las corruptelas de los abusos que se dan en esa defensa, seguirán siendo condenados por el IDEL-FACA como graves desviaciones e ilícitas que bastardean una profesión a la que dañan. Pero la entidad tiene conciencia que el ejercicio profesional de la defensa de los trabajadores, honra. Pese a que por desviación totalitaria se intenta constituir al abogado, en el chivo expiatorio de una ciudadanía necesitada, la que se debe y que por su intermedio alcanza el acceso a la justicia, lo que implica la garantía del debido proceso judicial ante el juez natural.”[16]

[1] El autor ejerce la presidencia del Instituto de Estudios Legislativos (IDEL) de la Federación Argentina de Colegios de Abogados (FACA) y la dirección del Instituto de Derecho Social (del trabajo y la previsión) de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de La Plata. Su bibliografía puede ser consultada en www.rjcornaglia.com.ar/

[2] La última de esas reformas fue la ley 26.773 reglamentada por el decreto 472/14.

[3] Ver del autor: La aplicación inmediata de la ley laboral más benigna en relación con la ley 26.773. Publicado en Doctrina Laboral y Previsional, Errepar- No. 33, abril del 2013, p. 1367 y ss. El derecho de daños laborales y la reforma de la Ley de Riesgos del Trabajo en relación con su control de constitucionalidad y la posición adoptada por el IDEL-FACA. Publicado en Doctrina Laboral y Previsonal, Errepar, No. 328, diciembre del 2012. La Ley 26.773 y la naturaleza contractual objetiva por riesgos de la acción de reparación integral de daños. Publicado en Doctrina Laboral y Previsional, Errepar, No. 338, octubre del 2013, p. 1033 y ss.; El daño en ocasión y las inconstitucionalidades de la Ley 26.773, publicado en Doctrina Laboral Errepar, No. 355, marzo del 2015, p- 247 y ss.;

[4] Esto abundando en jurisprudencia de la Corte que supo resaltarlo. (Conf.: CSJN, Fallos: 323: 1339; 326: 4931).

[5] Esta norma prescribe: “El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo. Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o de régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros.”

[6] CSJN, 19/8/99, “Verrocchi, Ezio D. c. Poder Ejecutivo Nacional - Administración Nacional de Aduanas”, consid. 9º, Fallos 322:1726.

[7] Conf. C.S.J.N., “Consumidores Argentinos c/EN- PEN - Dto. 558/02-SS - ley 20.091 s/amparo ley 16.986” del 19 de mayo de 2010.

[8] Juan J. Formaro, “Inconstitucionalidad de la modificación del régimen de riesgos del trabajo

mediante decreto de necesidad y urgencia (DNU 54/17)”.

Artículo inédito a publicar en el No. 4 de la Revista del IDEL-FACA, “La defensa”, de próxima aparición. Ver: www.ladefensa.com.ar.

[9] Conf. : Neffa, Julio César “Los riesgos psicosociales en el trabajo: contribución a su estudio” . - 1a ed . - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Centro de Estudios e Investigaciones Laborales - CEIL-CONICET ; Corrientes : Universidad Nacional del Nordeste. Facultad de Ciencias Económicas ; La Plata : Universidad Nacional de La Plata. Facultad de Ciencias Económicas ; Moreno : Universidad Nacional de Moreno. Departamento de Economía y Administración ; Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Universidad Metropolitana para la Educación y el Trabajo. Centro de Innovación para los Trabajadores, 2015. Libro digital, PDF Archivo Digital: descarga ISBN 978-987-21579-9-9

[10] Ver del autor: La deuda de valor y los intereses moratorios en relación con la ley 14.399 de la Provincia de Buenos Aire y control de constitucionalidad. Publicado en la Revista Derecho Laboral y Seguridad Social de Abeledo Perrot, 8, abril del 2014, pags. 757 y ss. Nota a fallo. Sobre la deuda de valor, a mérito de los intereses. Recordando a Norberto O. Centeno. Publicado en La Ley 4 de septiembre del 2014, p. 4 y ss. La deuda de valor y los créditos alimentarios. Ponencia presentada en la XVII Conferencia Nacional de Abogados “Tecnología Justicia y Derecho, a celebrarse en Posadas,

Misiones, los días 13, 14 y 15 de agosto del 2014, convocada por la Federación Argentina de Colegios de Abogados (F.A.C.A.). Publicada en Doctrina Laboral Errepar. No. 349, septiembre del 2014, p- 951 y ss

[11] Ver: Adriana Séneca, “Ley de riesgos de trabajo. La cara oculta de la litigiosidad”, en Doctrina Laboral. Errepar. No. 372. Agosto del 2016, p. 809 y ss. Surge, según la autora que: 6.730.576 infortunios laborales no han ingresado al sistema, en el período 2002-2015, quedado sin cobertura.

[12] Ver los fallos de la C.S.J.N. “Castillo”, “Marchetti”, “Venialgo” y “Obregón”. Ver del autor el comentario al fallo “Castillo”, “El acceso a la jurisdicción en las acciones por infortunios laborales ante el juez natural”, en el diario La Ley, martes 28 de septiembre de 2004, año LXVIII, n° 187, pág. 3. Y también en Gacetilla del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, “Últimos fallos de la Corte Suprema Nacional en materia laboral”, La Plata, diciembre de 2004.

[13] El diario Clarín del 2 de febrero de 2017, cita las declaraciones del jefe de Gabinete, Marcos Peña, que sostiene que “La industria del juicio laboral funciona con una lógica mafiosa”. La agresividad de ese tipo de declaraciones es común a varios de los gobiernos que vienen sucediendo y no cesa. Se desató durante la gestión del presidente Carlos S. Menem, acompañando al tratamiento de las leyes 24.028 y 24.557, mereciendo en la ocasión declaraciones de repudio de la FACA. Apoyando el proyecto que terminó con la sanción del DNU, desde una complaciente oposición, Sergio Massa afirmó que “Este es el país del curro de los abogados laboristas”. Durante la administración anterior la presidente Cristina Kirchner, apoyando el veto de la norma que reinstalaba el 82% móvil para los Jubilados y legitimando a Ley de Riesgos de

Trabajo 24.557, también formuló dura crítica a “industria del Juicio” y a “los abogados carancho”.

[14] Ver del autor: “El juez natural en la reparación de daños laborales”, comentario del autor al fallo de Corte “Urquiza c. ART Provincia”, publicado en La Ley el 16 de marzo del 2015.

[15] En las provincias la Comisiones Médicas por lo general son una ubicada en la Capital provincial. En Tierra del Fuego en Ushuaia -CM N° 1, los trabajadores de Río Grande deberían hacer más de 200 kilómetros. En Tucumán, la única C.M. Se encuentra en San Miguel CM N° 1-., En Chaco, está habilitada en Resistencia CM N° 2. En Misiones en Posadas CM N° 3. En La Pampa, en Santa Rosa, CM N° 17. En Santa Cruz, en Río Gallegos, CM N° 20. En Jujuy en San Salvador, CM N° 22. En Salta en la ciudad capital Salta, CM N° 23. En Catamarca, en San Fernando CM N° 24. En La Rioja, en La Rioja, CM N° 25. En San Juan, San Juan CM N° 26-, San Luis -San Luis, CM N° 27-, En Formosa, en Formosa CM N° 28. En Santiago del Estero -Santiago CM N° 29- y Corrientes -CM N° 30.

[16] Suscribieron el dictamen emitido el 3 de agosto del 2016, los miembros de la Sección: Ricardo J. Cornaglia (Presidente del IDEL-FACA), Juan Carlos Fernández Madrid, Néstor Rodríguez Brunengo, Moisés Meik, Guillermo Gianibelli, Juan I. Orsini, Guillermo Pajoni, Juan Formaro, Carlos Vásquez Ocampo. Los dictámenes y declaraciones del IDEL-FACA pueden ser consultados en su revista informática de libre acceso “La Defensa”, No.3 de diciembre del 2016. Sitio de internet “ladefensa.com.ar”. Ver también del autor: El derecho de daños laborales y la reforma de la Ley de Riesgos de trabajo en relación con su control de constitucionalidad y la posición adoptada por el IDEL-FACA, publicado en Doctrina Laboral Errepar, No. 328, diciembre del 2012;

