

Evaluación de los Aspectos Médico Legales de la Ley de Riesgos del Trabajo con sus Recientes Modificaciones



FUNDACION H.A.BARCELO
FACULTAD DE MEDICINA

Carrera de Posgrado
Especialización en Medicina Legal

DIRECTORA

Dra. María Teresa Ratto Nielsen

TRABAJO FINAL

Autor: Dr. Claudio F. Kazarian
Director del Trabajo: Dr. Diego A. Mizrahi
(Médico Especialista en Medicina Legal y Abogado)

AGRADECIMIENTOS:

Mi especial agradecimiento al Dr. Diego Alberto Mizrahi, Médico especialista en Medicina Legal -egresado de la Carrera de Posgrado de la Carrera de Posgrado de Especialización en Medicina Legal de la Facultad de Medicina del Instituto Universitario de Ciencias de la Salud. Fundación H.A Barceló- y abogado, quien con su experiencia en ambas incumbencias, ha asesorado y enriquecido mi labor en la confección del presente trabajo.

INDICE

INTRODUCCION	6
DESARROLLO	7
ANTECEDENTES Y EVOLUCION DE LA PROTECCIÓN LEGAL DEL TRABAJADOR	7
Teorías para extender la responsabilidad civil del empleador	8
ANTECEDENTES DE LA LEY DE RIESGOS DEL TRABAJO	9
Ley 9.688.....	9
La ley 12.232.....	11
La ley 12.631.....	11
La ley 15.448.....	11
LEY 24.557 DE RIESGOS DEL TRABAJO	12
SUJETOS COMPRENDIDOS	13
Los trabajadores	14
Los empleadores	14
Las aseguradoras de riesgos del trabajo (ART)	14
El autoaseguro.....	16
La Superintendencia de Riesgos del Trabajo (SRT).....	16
Las Comisiones Médicas	16
CONTINGENCIAS CUBIERTAS.....	21
1) Accidentes de trabajo.	21
Los tres círculos de cobertura del accidente de trabajo	26
El nexo de causalidad en los accidentes de trabajo, controversias.....	27
2) Enfermedades profesionales	32
CONTINGENCIAS EXCLUIDAS	39
PRESTACIONES	43
PRESTACIONES EN ESPECIE.....	43
PRESTACIONES DINERARIAS	44
Tipos de incapacidad o daños que dan lugar a las prestaciones dinerarias ..	45
CRITERIOS PARA LA DETERMINACION DE LA INCAPACIDAD	50

Evaluación de los Aspectos Médico Legales de la Ley de Riesgos del Trabajo con sus Recientes Modificaciones

JURISPRUDENCIA.....	53
1) Cuestionamientos al art 39 inciso 1.....	53
2) Inconstitucionalidad del método de pago con rentas.....	54
3) Rechazo a la opción renunciativa por aplicación de la teoría de los actos propios y posibilidad de acumulación de ambas vías de reclamación	56
4) Rechazo a la invocación de la teoría de culpa de la víctima para evitar el pago indemnizatorio	56
5) Reconocimiento del derecho de reparación integral con base en el derecho civil por las enfermedades no previstas en el listado de la LRT.....	57
6) La eventual y posible responsabilidad civil de las ART	58
7) La inconstitucionalidad de la competencia especial y federal fijada en los artículos 21 y 46 de la LRT	59
8) Inconstitucionalidad de los topes indemnizatorios fijados por la LRT	60
9) Cuestionamiento a la obligatoriedad de intervención de las comisiones médicas previo al reclamo judicial	60
10) Cuestionamiento a la supuesta obligatoriedad del uso de la Tabla de incapacidades para la determinación de grado de incapacidad.....	61
MODIFICACIONES IMPORTANTES AL RÉGIMEN DE RIESGOS DEL TRABAJO	63
LAS RECIENTES MODIFICACIONES DEL RÉGIMEN DE RIESGOS DEL TRABAJO. Ley 26.773 y el decreto 472/14	64
Ley 26.773.....	64
Decreto 472/2014.....	66
ASPECTOS POSITIVOS DE LA LEY 26.773 Y DEL DECRETO 472/2014 ..	73
CRITICAS A LAS REFORMAS DE LA LEY 26.773	74
JURISPRUDENCIA RECIENTE SOBRE LA NUEVA LEY	82
1) Rechazo de la competencia civil para reclamos por contingencias previas a la vigencia de la ley 26.773.....	82
2) Aplicación retroactiva de la mejora indemnizatoria del índice RIPE para infortunios anteriores a la vigencia de la ley 26.773	84

Evaluación de los Aspectos Médico Legales de la Ley de Riesgos del Trabajo con sus Recientes Modificaciones

3) Inconstitucionalidad del Art. 4° de la ley 26773 y su complemento el art. 17 inc 2. Respecto a la competencia de justicia civil y aplicación de las normas de fondo, forma y principios del derecho civil.	85
EL DECRETO 49/2014 CON NUEVA TABLA DE EVALUACIÓN Y AGREGADO DE PATOLOGÍAS INCLUIDAS	88
CONCLUSIONES	97

“Una cosa no es justa por el hecho de ser ley. Debe ser ley porque es justa.” Montesquieu (1689-1755)

INTRODUCCION

Con la sanción de la Ley de Riesgos del Trabajo, la regulación de de los accidentes de trabajo y enfermedades derivadas del trabajo, sufrió un sustancial cambio.

En el presente trabajo, se realizará un análisis del sistema de riesgos del trabajo, implementado a partir de la Ley 24.557 en el año 1996.

Para ello, inicialmente se detallarán los antecedentes teóricos y legales que regían los infortunios laborales en nuestro país, previos a la vigencia de este nuevo sistema.

Se realizará una descripción de los componentes del sistema, se expondrán las críticas y/o cuestionamientos que fueron oportunamente planteados, se describirán los fallos jurisprudenciales que rechazaron gran parte del contenido de la ley y se citarán las principales modificaciones, que a lo largo de los años se han ido realizando en pos de adaptar el sistema a los fallos que lo controvertían, hasta llegar a la última modificación, a través de una nueva ley, la 26.773.

Tras una descripción de las principales reformas instauradas por esta nueva norma, se realizará un cuadro comparativo del sistema de riesgos del trabajo antes y después de la ley 26.773.

Asimismo, se mencionarán los aspectos positivos y las críticas que la doctrina ha manifestado a varios puntos de la nueva norma y se mencionarán los recientes fallos jurisprudenciales sobre la nueva ley.

Finalmente se realizará un análisis crítico del reciente decreto 49/2014, que incorpora algunas afecciones al listado de enfermedades profesionales.

DESARROLLO

ANTECEDENTES Y EVOLUCION DE LA PROTECCIÓN LEGAL DEL TRABAJADOR

Al final del siglo XVIII y principios del XIX con la industrialización y la inmigración ingresada con las leyes de la colonización, se hizo necesaria una legislación que diera respuesta a la nueva problemática surgida relacionada con las condiciones de trabajo.

Hasta la segunda mitad del siglo XIX, cuando un trabajador dependiente, sufría la pérdida de su capacidad laborativa de manera permanente –total o parcial-, sólo se percibía un problema individual del afectado y que podía encontrar eventual reparación mediante las reglas jurídicas generales y comunes para cualquier habitante según las leyes civiles. Existía entonces una real ineficacia de esas reglas comunes para dar respuesta jurídica a esos trabajadores, por varias razones tales como: gran cantidad de infortunios se producían en su trabajo pero sin un comportamiento culposo del empleador, o se debían a cierta culpa del propio trabajador, o por ser la culpa patronal muy difícil de identificar y/o de acreditarse. Ante ello, los juristas, tal como lo reseña el maestro Pozzo, se preocuparon por esta realidad que frustraban los derechos de los trabajadores dependientes en la peor de sus situaciones –la pérdida del empleo como consecuencia de la incapacidad- y buscaron distintos caminos para revertir ese estado de cosas tan claramente inequitativo. Surgen así distintas doctrinas que buscaban extender la responsabilidad civil más allá de la ya citada área de responsabilidad subjetiva por culpa o dolo.

[Pozzo (1972) en “*Tratado de Derecho del Trabajo*” dirigido por Mario L. Deveali, (2° edición t. IV pág 353 y sig) Buenos Aires. Editorial La Ley].

Teorías para extender la responsabilidad civil del empleador

Las teorías generadas por la doctrina y la jurisprudencia para zanjar este problema fueron:

Teoría de la responsabilidad extracontractual, con la cual se propiciaba una presunción a priori de culpa del empleador cuando intervino una cosa e invertían la carga de la prueba. De este modo, se solucionaba gran número de casos en la medida en que hubiese existido una cosa en el proceso causal del daño, mas no aportaba soluciones cuando la responsabilidad debía buscarse en el actuar, activo u omisivo del empleador.

Teoría de la responsabilidad contractual, la que nace de la idea de que la responsabilidad emana del contrato, de manera que el patrón debe pagar el salario y garantizarle la integridad física al dependiente contratado.

Teoría de la responsabilidad objetiva, fundamentado en el riesgo, con prescindencia de la idea de culpa.

Teoría del caso fortuito, en esta teoría, la culpa del trabajador por su impericia, descuido y acostumbramiento al peligro, constituiría caso fortuito para el empleador en el derecho civil por imprevisión o temeridad del obrero. Si bien ortodoxamente la culpa del otro no es caso fortuito, se consideraba justo que quien aprovecha la utilidad de una persona o de una cosa, asuma los riesgos que su empleo origina, por lo cual la ley pone a cargo del empleador la obligación de indemnizar al empleado en tales casos.

Teoría del riesgo profesional, parte de una responsabilidad objetiva, con apoyo específico en la responsabilidad de la industria como consecuencia del riesgo profesional que un determinado trabajo genera. Esta doctrina fue el fundamento de la ley 9688.

Teoría del riesgo de autoridad, ante la insuficiencia de la teoría del riesgo profesional, que no cubría a accidentes en agricultura, el comercio ni el servicio doméstico, surge esta teoría, que se basa en el riesgo, no ya del trabajo sino en el nacido en la subordinación. Donde existe autoridad, debe existir responsabilidad. Esta concepción fue incorporada y persiste en la base teórica del régimen especial de reparación por los infortunios del trabajo actual.

Teoría del beneficio, aquí se sostiene que el riesgo debe ser la contraparte del provecho, por lo cual la empresa debe cargar con las consecuencias derivadas de los riesgos generados para obtener sus beneficios.

Juan Bialeto Massé, médico y abogado, considerado el precursor del derecho laboral en Argentina señaló que el verdadero fundamento de la indemnización debida por el empleador está en que él goza o lucra con el trabajo del obrero que este realiza en lugar del patrón; y que no es necesario tener en cuenta si hay o no riesgo profesional. [Maza M. A., Cruz Devoto G. y Segura J. M. (2013) *“Comentarios sobre el Régimen de Riesgos del Trabajo”* (1° Edición, págs. 8 y 9) Buenos Aires, Errepar SA]

ANTECEDENTES DE LA LEY DE RIESGOS DEL TRABAJO

En 1904, Julio Argentino Roca propició el anteproyecto del Código de Trabajo, donde se regulaban los accidentes de trabajo (dentro de la teoría de riesgo objetivo por industria peligrosa), previéndose una indemnización tarifada y estableciendo optativamente un seguro. Este anteproyecto, no tuvo nunca sanción legislativa.

Ley 9.688

En 1915 se sancionó la primera ley de accidentes de trabajo, la Ley 9688, por impulso del socialismo, la cual con modificaciones se mantuvo vigente hasta 1991.

Sus puntos principales eran los siguientes:

- Permitía que el empleador contratara facultativamente una compañía aseguradora. La no obligatoriedad de aseguramiento, generaba un riesgo para el trabajador siniestrado, dado que si el empleador no estaba asegurado, la posibilidad de cobro de indemnización dependía de la solvencia del empleador.
- Para superar la dificultad descrita en el punto anterior, creó la Caja de Accidentes para cubrir el riesgo cuando existiese insolvencia patronal, no obstante lo cual no se lograba asegurar la cobertura del accidente a la gran cantidad de personal reclamante ante la insolvencia o la simulación de la misma por parte de los empleadores.
- El trabajador tenía la opción de reclamar por la acción especial que contemplaba la ley (indemnización tarifada) o perseguir una reparación integral, con base en el Código Civil, en caso de darse un presupuesto de responsabilidad civil.
- Determinaba la responsabilidad del empleador por los accidentes ocurridos en el trabajo, salvo dolo o culpa grave de la víctima.
- Aplicaba la teoría de la responsabilidad objetiva, cuya finalidad era impedir que existiera daño sin reparación, buscando el responsable más cercano (causante del daño, dueño de la cosa, daño causado por quien cumple órdenes de un tercero); también la teoría del riesgo creado o del riesgo de autoridad, que responsabiliza al empleador por los daños causados a las personas que están bajo sus órdenes.
- Contemplaba los accidentes de trabajo en el Art 1° de su texto original, donde establecía la responsabilidad del empleador por *“...los accidentes ocurridos a sus empleados y obreros durante el tiempo de la prestación,*

ya con motivo y en ejercicio de la ocupación en que se las emplea, o por caso fortuito o fuerza mayor inherente al trabajo...". Asimismo, el poder ejecutivo en el artículo 1° del decreto reglamentario, definió accidente de trabajo a todo hecho que produzca lesiones corporales, mediatas o inmediatas, aparentes o no aparentes, superficiales o profundas.

La ley 12.232, sancionada en octubre de 1935, ratificó las previsiones del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo N° 12, relativo a la indemnización de los accidentes de trabajo en la agricultura.

La ley 12.631 sancionada en 1940, incorporó al sistema a los accidentes ocurridos en ocasión del trabajo, es decir accidentes que sufra el dependiente no por sus tareas específicas, sino por el hecho de encontrarse en el empleo.

La ley 15.448 del año 1960, estableció otra modificación en la ley 9688, determinando responsabilidad del empleador para aquellos infortunios cuyo hecho generador ocurra al trabajador "...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...",

En el año 1968, mediante la reforma de la **ley 17.711**, que modificó el Código Civil, la teoría del riesgo objetivo comenzó a aplicarse en materia de reparación integral, básicamente en relación con la responsabilidad extracontractual del artículo 1113. Al poco tiempo, la Cámara de Apelaciones del Trabajo confirmaría esta posibilidad, dictando el plenario 169, " Alegre, Cornelio v Manufactura Algodonera Argentina" (14/10/1971), que dispuso que *"En caso de haberse optado por la acción de derecho común a que se refiere el art 17, ley 9.688, es aplicable el art 1.113, CCiv., modificado por la ley 17.711"*. Esto se aplicó a los accidentes y enfermedades reguladas por la Ley de Accidentes de Trabajo, cuando el trabajador utilizaba la opción ue consagraba el art 17, Ley 9688 o posteriormente, el art. 16, Ley 24028. [Grisolia J. A., Ahuad E. (2014). *"Riesgos del Trabajo"*. (1° edición.. pág 17.) CABA. Editorial Estudio].

Ley 24.028

Esta ley, sancionada en diciembre de 1991, derogó la ley 9688, que rigió con modificaciones durante 76 años. Fue una de las primeras leyes flexibilizadoras de los años 90 que trató de reducir “los excesivos costos laborales” al prever un mecanismo que evitaba los reclamos por enfermedad-accidentes, pero manteniendo el derecho de opción (aunque en el fuero civil). Eliminó la teoría de la indiferencia de la concausa, exigiendo una discriminación categórica entre las afecciones producidas por el trabajo de otros factores. En suma, limitó la responsabilidad del empleador a la incidencia del trabajo en el reagravamiento de una enfermedad y el trabajador que padecía una enfermedad debía acreditar la incidencia del trabajo en el daño y el grado de participación.

Respecto al juez competente, establecía que en el caso de que el trabajador optara por el reclamo de reparación integral, su reclamo debía tramitar ante el fuero civil (en el cual no tendría lugar el principio protectorio y procedimiento específico, etc., que posee el fuero laboral). Este recurso no sirvió a los fines pretendidos, con fallos de la Corte reconociendo la competencia del fuero laboral aún ante la opción civil por ejemplo en “Competencia nº C. 219. XXXI, 5 de Noviembre de 1996 JAIMES Juan Toribio c/ Alpargatas SA”; lo cual explica la corta vigencia de esta norma.

Dejando de lado lo antedicho, esta norma mantenía un esquema similar a la ley 9688, respecto a ser reparatoria o indemnizatoria del daño producido, mediante un pago único; se podía recurrir a la vía civil y los empleadores contaban con la posibilidad de contratar un seguro de accidentes ante una compañía de seguros.

LEY 24.557 DE RIESGOS DEL TRABAJO

Esta ley, sancionada en septiembre de 1995, modificó estructuralmente el diseño legal de la regulación histórica de los accidentes de trabajo y enfermedades derivadas del trabajo.

Pretendió ser integral, siendo obligatoria para todos los empleadores y la ART con el principal objetivo de disminuir la siniestralidad mediante la

prevención del hecho, y también se propuso reducir los costos laborales que implicaban las leyes anteriores.

Si bien se ampliará más adelante y en detalle las características de este plexo legal, cabe consignar que los principales cambios respecto a los regímenes anteriores fueron:

- 1) Exclusión del empleador como sujeto pasivo directo.
- 2) Creación del sistema de aseguramiento obligatorio por compañías de seguro especializadas –las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo (ART y ART-Mutual)- o por régimen de autoseguro.
- 3) Creación de un listado taxativo de enfermedades “profesionales” e indemnizables.
- 4) Prestaciones dinerarias mensualizadas más una suma adicional de pago único con valor variable según el grado de incapacidad.
- 5) Sustanciación y resolución de los conflictos fuera del ámbito del Poder Judicial con otorgamiento de facultades a las Comisiones Médicas (creadas previamente por la ley 24241).

SUJETOS COMPRENDIDOS

Una de las novedades que aportó la Ley 24557, fue la imposición del aseguramiento obligatorio como regla, con la única excepción del régimen de autoseguro, y puso claramente a cargo de las empresas aseguradoras, no sólo la responsabilidad por las prestaciones económicas y asistenciales, sino que remitió a éstas la gestión del sistema. No obstante en la citada norma ninguno de sus artículos lleva a sostener que la aseguradora sea la única responsable y que no pueda demandarse al empleador (sí existe el artículo 1 del decreto 334/96 que dispone que el aseguramiento libera de responsabilidad al empleador, pero dicho artículo tiene numerosas objeciones por parte de la doctrina acerca de su validez constitucional)

Los trabajadores

Son los sujetos de la prevención y de la curación o resarcimiento como consecuencia de haber sufrido un accidente de trabajo o una enfermedad profesional.

Detallado en el art. 2 se determina la obligatoriedad de la inclusión en el sistema a:

- 1) los funcionarios y empleados del sector público nacional, de las provincias y sus municipios y de la entonces Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y
- 2) los trabajadores en relación de dependencia del sector privado.
- 3) Personas obligadas a prestar un servicio de carga pública

Asimismo faculta al Poder ejecutivo Nacional a incorporar en el ámbito de la LRT también a:

- 1) Los trabajadores domésticos
- 2) Los trabajadores autónomos
- 3) Los trabajadores vinculados por relaciones no laborales
- 4) Los bomberos voluntarios

Los empleadores

Son los sujetos obligados a contratar los servicios de una aseguradora de riesgos del trabajo (ART), y debe contribuir mensualmente a su financiamiento mediante el pago de las contribuciones y por ello es responsable directo de la prevención.

Las aseguradoras de riesgos del trabajo (ART)

Son entidades de derecho privado con fines de lucro, previamente autorizadas para funcionar por la Superintendencia de Riesgos del Trabajo y la Superintendencia de Seguros de la Nación.

Deben reunir un requisito de solvencia económica, un capital mínimo

establecido por la normativa, actualizado periódicamente, el cual debe integrarse al momento de su constitución y también tener capacidad de gestión.

Deben tener como único objeto, el otorgamiento de las prestaciones de la LRT, tanto en dinero como en especie.

El órgano de control es la Superintendencia de Riesgos del Trabajo (SRT) una entidad autárquica en jurisdicción del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social.

Los deberes esenciales de las ART son:

- 1) Asegurar obligatoriamente a las empresas que requieran sus servicios
- 2) Otorgar obligatoriamente, bajo apercibimiento de sanción penal, las prestaciones de la ley, aunque el empleador hubiera omitido declarar su obligación de pago o la contratación de un trabajador, sin perjuicio del derecho de repetición: en el primer caso repite lo pagado y en el segundo, sólo puede cobrar las cotizaciones adeudadas
- 3) Debe tomar al trabajador en el estado en que se halla al afiliarse, no pudiendo realizar discriminaciones ni exámenes de ingreso; es un riesgo inicial que debe asumir obligatoriamente
- 4) Llevar un registro de siniestralidad del establecimiento.

Es obligación del empleador denunciar el hecho (siniestro), porque a partir de allí empieza la obligación de la ART

Una vez ingresada la denuncia pueden darse tres posibilidades:

- 1) Que se acepte el siniestro
- 2) El silencio
- 3) El rechazo del mismo, para lo cual cuenta con 10 días hábiles, debiendo otorgar las prestaciones durante dicho periodo

El decreto 1720/2012 agregó como prestadoras a las llamadas ART-Mutual, Aseguradoras de riesgos del Trabajo sin fines de lucro.

Las mismas, tienen idénticas obligaciones y deberes que las ART tradicionales.

El autoaseguro

La ley prevé la posibilidad de que el empleador decida autoasegurarse, para ello debe acreditar el empleador solvencia económico-financiera para afrontar las prestaciones de la ley y garantizar los servicios necesarios para otorgar las prestaciones en especie que la norma impone.

La Superintendencia de Riesgos del Trabajo (SRT)

Sus principales funciones son:

- a. Supervisar y fiscalizar el funcionamiento de las ART
- b. Imponer las sanciones previstas en la LRT
- c. Controlar el cumplimiento de las normas de higiene y seguridad en el trabajo pudiendo dictar las disposiciones complementarias que esta ley o decretos reglamentarios le hayan otorgado
- d. Requerir la información necesaria para cumplimiento de sus competencias, pudiendo peticionar órdenes de allanamiento y el auxilio de la fuerza pública;
- e. Administrar su patrimonio, gestionar el Fondo de Garantía, creado por la LRT
- f. Mantener el Registro Nacional de Incapacidades Laborales en el cual se registran los datos de los siniestros ocurridos y se elaboran los índices de siniestralidad
- g. Supervisar y fiscalizar a las empresas autoaseguradas y el cumplimiento de las normas de higiene y seguridad del trabajo.
- h. Cumplir lo dispuesto en el decreto 1694/2009 en relación con el registro de prestadores médicos.

Las Comisiones Médicas

Son tribunales administrativos formados por médicos cuya funciones principales son dictaminar:

- El carácter y grado de la incapacidad

- La naturaleza laboral del accidente o profesional de la enfermedad y el contenido y alcances de las prestaciones en especie.
- Revisar el tipo, carácter y grado de la incapacidad,
- Resolver cualquier discrepancia que pudiera surgir entre la ART y el damnificado o sus derechohabientes.
- Establecer el procedimiento de reconocimiento de aquellas enfermedades excluidas del listado cerrado

Parte de la doctrina y luego la jurisprudencia de la Corte Suprema han criticado el alcance de las facultades conferidas a estas comisiones médicas, por entender que estas tareas en especial el entender los presupuestos fácticos y jurídicos para determinar si se trata de un accidente de trabajo o expedirse sobre la existencia de dolo del empleado, resultan de exclusiva competencia judicial.

El funcionamiento del sistema de las comisiones médicas respecto a los trabajadores puede explicarse de la siguiente manera:

Si el trabajador no estuviera de acuerdo con el alta otorgada por la ART o con el grado de incapacidad fijado por ésta, podrá plantear su discrepancia ante la Comisión Médica interviniente en la zona del accidente dentro del plazo de 10 días, debiendo efectuar la denuncia ante ella o comunicarlo mediante carta documento a la ART, dentro del plazo mencionado.

Cumplido este paso, la Comisión Médica, someterá al trabajador a evaluación médica citándolo fehacientemente a una audiencia para tal efecto, y se le solicita al trabajador que concurra con estudios actualizados con los que cuente.

La Comisión Médica, se expide con un dictamen, de no estar de acuerdo el trabajador, las resoluciones de la Comisión Médica son recurribles, por medio de un recurso de apelación dentro de los 10 días del dictamen ante la Comisión Médica Central o ante el juez federal con competencia en cada provincia.

La expresión de agravios se debe formular ante la Comisión Médica Central o ante el juez federal, a opción del trabajador. La expresión de agravios, consiste en detallar la argumentación que motiva el rechazo a lo dictaminado

por la Comisión Médica local. De por sí, el término expresión de agravios, presupone la necesidad de una dialéctica jurídica y con ello la necesidad de intervención de un abogado

Si el trabajador sigue en desacuerdo con lo dictaminado por la Comisión Médica Central, debe apelar ante la justicia federal, debiendo notificar con carta documento a la Comisión Médica Central para que envíe las actuaciones al órgano judicial interviniente.

Las resoluciones de la Comisión Médica Central y las que dicte el juez federal, son recurribles ante la Cámara Federal de la Seguridad Social.

Como se observa, el trámite puede resultar muy largo y engorroso y si bien están establecidos los plazos para efectuar las distintas instancias de apelación, los plazos para los turnos de audiencia y para la emisión de los dictámenes son muy amplios y variables.

La jurisprudencia, ha cuestionado tanto la competencia federal, como la validez del procedimiento administrativo descripto.

También las Comisiones Médicas, a partir del decreto 1278/2000, que modificó el apartado 2° del artículo 6 de la LRT, intervienen cuando se invoca la existencia de una enfermedad profesional y la ART considera que no está prevista en el listado de enfermedades profesionales. La Comisión Médica debe resolver si la enfermedad encuadra en los presupuestos del inciso b del artículo 2° (enfermedades generadas por causa directa e inmediata de la ejecución del trabajo, excluyendo la influencia de los factores atribuibles al trabajador o ajenos al trabajo).

Si la decisión es favorable al trabajador o sus derechohabientes, se debe requerir la inmediata intervención de la Comisión Médica Central, la que en el plazo de 30 días debe convalidar o rectificar esa opinión.

En caso que la decisión de la Comisión Médica jurisdiccional o la final de la Comisión Médica Central fuera desfavorable al trabajador, no está previsto un mecanismo administrativo de apelación.

La principal crítica a estos procedimientos administrativos para la resolución de discrepancias entre el trabajador y la ART, se centran en que en ellas se tratan controversias jurídicas, las cuales no forman parte de las incumbencias

de los médicos. Ello se interpretó en la doctrina (y luego fue reflejado en la jurisprudencia), como una denegación de justicia.

Doctrinarios como Ackerman y Maza puntualizan: *“...no cumple tal requisito el hecho de que un organismo administrativo integrado exclusivamente por médicos pueda juzgar sobre hechos ajenos a sus incumbencias profesionales, a su saber, e incluso, a su entrenamiento profesional. Es inconcebible que las comisiones médicas investiguen y juzguen si un hecho material se produjo o no [...] pues su falta de formación tribunalicia y de entrenamiento forense, no les permite, al menos en teoría y salvo dotes personales especiales fuera de toda previsión en un médico, conocer las técnicas de investigación de los hechos, la debida búsqueda de la verdad material, la interrogación de testigos, la valoración [...] de distintos medios probatorios, ni la aplicación de los principios jurídicos-procesales sobre ponderación de la prueba”*

[Ackerman M. E. y Maza M. A.I, (1999) *“Ley sobre Riesgos del Trabajo. Aspectos constitucionales y procesales”* (Pág 191) Santa Fé ,Rubinzal – Culzoni.]

A lo expuesto se suma la falta de exigencia de patrocinio letrado al trabajador, cuando por ejemplo sí le exige una autentica expresión de agravios al efectuar una apelación ante la Comisión Médica Central, debiendo atravesar el trabajador todas estas circunstancias sin asistencia médica ni legal como regla. la doctrina también a advertido sobre este particular: *“...constituye un anacronismo discriminatorio y violatorio de expresas garantías constitucionales (arts. 14 bis y 18 CN) que los trabajadores deban encarar ese procedimiento sin asistencia letrada obligatoria, pese al carácter innegablemente contencioso de las controversias nacidas del desconocimiento de las contingencias o de sus consecuencias por las ART o los empleadores autoasegurados”* [Maza, M. A. y Gerra A. A (2004) *“Recomendaciones para una urgente reforma a la Ley 24.557 sobre Riesgos del Trabajo”* (RDLSS -A, pág 105). Buenos Aires. Ed. Lexis Nexis.]

Así como anteriormente, se han transcripto críticas de doctrinarios del derecho, cuestionando las incumbencias de las Comisiones Médicas a la hora

de valorar, distintos aspectos para la determinación de la procedencia de los reclamos de los damnificados, éstos cuestionamientos también surgen desde la literatura médico legal; el Dr. Alejandro Basile opina: “ *la función pericial médica no puede asumir y responsabilizarse, por ello de hechos cuya determinación fehaciente pertenece al Poder Judicial, dado que no le corresponde a los médicos, indagar los hechos, ordenar la provisión de pruebas jurídicamente válidas, disponer el secuestro de la documentación médica pertinente o interpretar la ley en sus aspectos más difíciles y delicados*”, “...*la función de los médicos peritos debe limitarse a establecer técnicamente al grado, tipo y carácter de la incapacidad laborativa, la posible evolución y los procedimientos terapéuticos disponibles o aplicables, los aparatos de prótesis u ortesis que correspondan, pero de ninguna manera determinar si el hecho de marras constituye un infortunio laboral.*” [Basile A. (2009) “*Tratado de Medicina Legal del Trabajo*”. (2º Edición. Pág. 158). Buenos Aires Ediciones Jurídicas Cuyo].

Como se detallará más adelante, al analizar la jurisprudencia, la Corte Suprema de Justicia de la Nación determinó que eran inconstitucionales los art 21 y 46 de la Ley 24557, siendo innecesario para los damnificados realizar el procedimiento administrativo, ni someterse a las resoluciones de las Comisiones Médicas.

Financiamiento del sistema

Se financia esencialmente con las contribuciones que las empresas deberán pagar mensualmente a las ART. Dicha cuota mensual consiste en un porcentaje determinado de la nómina salarial imponible y para su fijación se tiene en consideración el nivel de ingreso de la empresa, la calificación de su actividad y la siniestralidad pasada y futura estimada.

Existen también dos fondos especiales:

- 1) El fondo de Garantía, que tiene como objetivo ocuparse de las prestaciones del empleador que está en estado de insolvencia declarada judicialmente, que se financia con el aporte mensual de los empleadores.

- 2) El Fondo de Reserva, para cubrir prestaciones de las ART que estén en estado de liquidación. Se financia con una cuota mensual que aportan las ART, cuyo monto es fijado por el Poder Ejecutivo Nacional.

CONTINGENCIAS CUBIERTAS

Se analizarán las mismas y cómo evolucionó la consideración de éstas, según las diferentes normas, hasta las que rigen en la actualidad.

Los riesgos del trabajo, son una especie dentro de las denominadas “contingencias sociales” que como señala Humberto A. Podetti en Tratado del Derecho de Trabajo de Vazquez Vialard son aquellos “...eventos que dan lugar a específicos estados de necesidad...” [Podetti H. A. en “*Tratado de Derecho del Trabajo*”, dirigido por Vazquez Vialard, A. (1982) (t. I, pág. 527), Buenos Aires. Editorial Astrea.]

Efectivamente, las secuelas sufridas por el infortunio laboral, no sólo provocan la pérdida de la posibilidad de disponer plenamente de su fuerza de trabajo, sino que además surgen diversos gastos vinculados con el proceso de recuperación de la salud. Todo lo expuesto lleva al análisis jurídico de muchos doctrinarios, interpretando que las consecuencias derivadas de los infortunios de trabajo tiene una arraigada relación con las reglas del Derecho de la Seguridad Social. No obstante y pese a que muchos ordenamientos modernos utilizan los principios del Derecho Social, en nuestro país el tratamiento de los infortunios laborales se dispuso sobre la base de mecanismos especiales propios del Derecho del Trabajo.

1) Accidentes de trabajo.

Entre las primeras nociones que se elaboraron respecto a la definición de accidente de trabajo se encuentra la ensayada por Marestaing en el Congreso Internacional de Accidentes de Trabajo de 1889: “...es un daño proveniente de la acción súbita y violenta de una causa exterior”

Sobre la base de ésta y otras definiciones, surge un concepto clásico de accidente de trabajo propuesto por Torre José Patricio: “...acontecimiento exterior a la persona del trabajador, de ordinario imprevisto y ocasional, que en

forma inmediata o mediata produzca un dolo a la integridad psicofísica del trabajador, que le signifique una disminución en su capacidad de ganancia, que se opere por el hecho o en ocasión del trabajo o por caso fortuito o fuerza mayor inherente al mismo y que no sea producto de la exposición intencional o gravemente culposa del damnificado ni de un tercero extraño a la explotación...” [Torre J. P. “Accidentes del Trabajo”, (pag. 26), citado por Morando, J. C. E. (1993), “ Responsabilidad por accidentes de Trabajo”(pág. 9) Buenos Aires, Victor P. de Zavalía editor]

El Dr. Franco Lisi define al accidente de trabajo de la siguiente manera: “Desde el Punto de vista médico, el accidente de trabajo es una cronopatología aguda y sobreaguda que se expresa como una patología de inicio brusco y preciso, con una semilogía violenta, una presentación inesperada y con una relación de causalidad evidente y clara a consecuencia de una etiología externa que actúa en corto espacio de tiempo” (Lisi Franco (2008)

“Medicina del Trabajo”. (Primera edición, pag 572) Buenos Aires. Editorial Nuevos Tiempos.]

Concepto de accidente de trabajo en los antecedentes legislativos

En 1902, los diputados Avellaneda y Roldan presentaron un proyecto en el que se definía al accidente de trabajo como “...*toda lesión sufrida por el operario en ocasión o por consecuencia del trabajo ejercido por cuenta ajena...*”

En el proyecto de código del trabajo de 1904 se lo definía a los sufridos por los trabajadores comprendidos: “...*en la operaciones de explotación y en general por el hecho o en ocasión del trabajo, que ejecutan por cuenta de la empresa, ya por hechos del empresario mismo, ya por el de sus mandatarios, representantes, garantes o cuidadores en el ejercicio de sus funciones...*”

La ley 9.688 establecía la responsabilidad del empleador por “...“...*los accidentes ocurridos a sus empleados y obreros durante el tiempo de la*

prestación, ya con motivo y en ejercicio de la ocupación en que se las emplea, o por caso fortuito o fuerza mayor inherente al trabajo...”.

El poder ejecutivo en el artículo 1° del decreto reglamentario, definió accidente de trabajo *“...a todo hecho que produzca lesiones corporales, mediatas o inmediatas, aparentes o no aparentes, superficiales o profundas...”*

La ley 12.232, sancionada en octubre de 1935, ratificó las previsiones del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo N° 12, relativo a la indemnización de los accidentes de trabajo en la agricultura y no sólo amplió con esto el ámbito de aplicación de la ley 9688, sino que también modificó la definición contenida en el artículo 1°, que pasó a ocuparse de los accidentes producidos *“...por el hecho o en ocasión del trabajo...”*

La ley 15.448 del año 1960, estableció otra modificación en la ley 9688, determinando responsabilidad del empleador para aquellos infortunios cuyo hecho generador ocurra al trabajador *“...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...”*, en otras palabras, incorporó el accidente *“in itinere”*.

La ley 24.028 estableció que los empleadores debían responsabilizarse de *“...los daños psicofísicos sufridos por sus trabajadores por el hecho o en ocasión del trabajo durante el tiempo en que éstos estuvieran a disposición de aquellos, en y para la ejecución del objeto del contrato de trabajo...”* y en el art 3 conservó la definición del accidente *in itinere*.

La ley 24.557 en clara oposición a sus antecesoras, introdujo una definición concreta de los accidentes de trabajo a los que caracterizó en el art 6 como ***“...todo acontecimiento súbito y violento ocurrido por el hecho y en ocasión del trabajo, o en el trayecto entre el domicilio del trabajador y el lugar de trabajo.”***

No son pocos los juristas que consideran que la técnica legislativa de la ley 24557, resulta cuestionable, pues de estar a la concepción literal de la norma, excluye a cualquier infortunio que no se presente con carácter súbito y violento, pudiendo llevar a soluciones netamente inconsistentes, al extremo de poder sugerirse que la muerte por congelamiento en una cámara frigorífica o por

asfixia con gas metano, por citar dos ejemplos, no constituyen accidentes a los fines de la ley 24557, por no mediar violencia ni verificación súbita. [Maza M. A., Cruz Devoto G. y Segura J. M. (2013) *“Comentarios sobre el Régimen de Riesgos del Trabajo”* (1° Edición, págs. 114 y 115) Buenos Aires, Errepar SA]

En el siglo XXI es posible verificar una enorme cantidad de procesos que pueden perturbar la salud de un individuo sin que medie violencia o velocidad en la forma de producirse.

Realizada la crítica al concepto de accidente de trabajo incorporado por la ley 24557, se continuará analizando los elementos tipificantes por dicha norma de esta tipo de infortunio:

- **Hecho externo:** en el infortunio debe mediar una causa total o parcialmente extraña a la víctima. Asimismo, en el límite de la responsabilidad, puede tratarse de una combinación entre el factor externo y la propia intervención del organismo, tal el caso donde el daño se produce por un sobreesfuerzo (por ejemplo para mover o detener un objeto); aquí el daño no es provocado directamente por el objeto externo sino por la mecánica utilizada por el propio cuerpo del trabajador damnificado.

El hecho externo, deberá ser además vinculable al empleo en alguno de los grados previstos por la ley.

- **Hecho súbito:** con el uso del vocablo súbito pareciera hacerse referencia a un suceso que ocurre en forma sorpresiva e imprevisible. Esto acotaría a la noción de que el hecho externo dañoso para ser considerado accidente de trabajo, debe ocurrir en un brevísimo lapso de tiempo.

La jurisprudencia, reconoció esta limitación y le permitió reconocer que el empleo puede dañar no solamente mediante una acción súbita y violenta, sino también de manera insidiosa, lenta pero repetidamente, surgiendo el concepto de “enfermedad accidente”.

- **Hecho violento:** se refiere a la magnitud y a la intensidad del suceso. El uso de esta expresión aludía a un hecho sensorial tangible y fuerte (golpe, caída, explosión).

- **Hecho lesivo:** una característica definitoria de una contingencia cubierta por una ley de infortunios del trabajo es la afectación, aunque sea temporal de la salud del trabajador., pero la ley 24557, no lo menciona así, con ello en teoría con que se produzca un hecho súbito y violento bastaría que se active la protección legal. De hecho esto no ocurre y sólo se activa la protección ante al menos una afectación mínima de la salud psicofísica del trabajador.

El error semántico de la definición, se subsana implícitamente en los arts. 13 y 15 de la ley que establecen que las prestaciones económicas sólo procederán cuando del infortunio se deriven consecuencias que más allá de su carácter patológico, provoquen incapacidad para trabajar.

- **Hecho vinculado con el trabajo:** es claro que no basta con que el evento nocivo para la salud sea súbito, violento y causado por un factor externo, sino que corresponde detectar un vínculo adecuado entre el hecho generador y el trabajo desempeñado por el damnificado o su empleo.

El Profesor Dr. Alfredo Achaval afirmaba que *“el accidente es un acontecer técnico o económico si no lesiona al hombre y/o daña a un tercero, un acontecer jurídico si lesiona al hombre o provoca un daño. Nunca es un acontecer médico puro, pues si quitamos la ley, la lesión está y el accidente de trabajo no”* [Achaval A. (1988.) *“Manual de Medicina Legal – Práctica Forense”*, Buenos Aires Editorial Abeledo Perrot]

Los tres círculos de cobertura del accidente de trabajo:

Tanto la ley 9688 con sus modificaciones, como la 24557, contemplan la lógica por la cual se contemplan como infortunios cubiertos a los hechos externos a la persona del dependiente, súbitos y violentos, en tanto se verifiquen, según el legislador, como adecuadamente vinculados con el empleo, las tareas o el trabajo.

- **Los accidentes producidos por el hecho del trabajo:** se contempla la protección de los accidentes que ocurren por el hecho mismo del trabajo, sin importar si ocurren dentro o fuera del establecimiento. Esta primera línea de cobertura es la que más fácilmente evoca el típico accidente de trabajo, aquel que ocurre durante la ejecución misma de las tareas.

- **Los accidentes producidos en ocasión del trabajo:** como se ha descrito, a partir de la reforma de la ley 9688 por la ley 12631 en 1940, se incorporan a la cobertura los accidentes sufridos en ocasión del trabajo. En este caso no existe una causalidad directa del trabajo en el infortunio, sino una causalidad secundaria o mediata, relacionada a una situación de ocasionalidad, es decir las circunstancias de tiempo y lugar.

Aquí las teorías que se aplican para fundamentar la responsabilidad del empleador son las que justifican su responsabilidad objetiva al estar el damnificado bajo la autoridad y el cuidado del empleador. Este supuesto de accidente de trabajo, implicó llevar la protección más allá de la realización de las tareas sino a aquellos eventos sufridos en la sola circunstancia de hallarse a disposición del empleador.

- **Los accidentes de traslado o in itinere:** esta cobertura, surge de planteos judiciales de trabajadores que sufrieron accidentes en el trayecto desde su domicilio al trabajo o viceversa. Dichos planteos, dieron lugar a decisiones judiciales contradictorias, por lo cual finalmente

se dictó el Fallo Plenario N° 21 de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, en la causa Guardia, Rogelio Demetrio c/ La Inmobiliaria Cía. de Seguros con fecha 9/11/53, que resuelve “...constituyen accidentes del trabajo indemnizables, conforme al art. 1 de la ley 9688, los denominados “in itinere”, o sea, los que puede sufrir el obrero en el trayecto del lugar de prestación de sus tareas a su domicilio o viceversa...”. Siete años después de este fallo plenario el legislador a través de la ley 15448, incorporó el accidente in itinere a la ley 9688.

La ley 24557 no se limita a cubrir el trayecto que se extiende entre el domicilio y el lugar de trabajo, sino que lo extiende, contemplando otros supuestos, siempre que el trabajador con 72hs de anticipación comunique por escrito la modificación que sufrirá su itinerario, tras lo cual el empleador deberá dar conocimiento a su ART también para el caso de que el empleado cambie su itinerario para dirigirse a otro empleo, el decreto 491/97 prevé dicha circunstancia y regula que en caso de accidente se hará cargo la ART del empleo hacia donde se dirigía el damnificado.

A pesar de las numerosas regulaciones, este tipo de accidente ha generado múltiples controversias, por ejemplo en la determinación exacta de inicio y fin del trayecto, siendo así que jurisprudencialmente se considera que los espacios comunes del edificio antes de llegar a su departamento y la vereda antes de ingresar a su hogar, son parte del recorrido que protege la ley.

El nexo de causalidad en los accidentes de trabajo, controversias

La ley 24557 no contiene ninguna previsión específica sobre nexo de causalidad o concausalidad en materia de accidentes de trabajo, no obstante puede estimarse la intención del legislador analizando el texto legal. Con las modificaciones ya descriptas al concepto inicial de accidente de trabajo, que lo ampliaron no sólo al hecho sino en ocasión del trabajo, el primer tramo del nexo de causalidad queda demostrado, con la simple conexión circunstancial del trabajo, en forma inmediata o mediata, con el infortunio sufrido por el trabajador.

El segundo segmento atinente al nexo de causalidad, es diferente, requiere una relación causal adecuada, es decir conexión entre el accidente sufrido y el daño en la salud del trabajador.

En muchas ocasiones el accidente puede afectar la integridad psicofísica del trabajador en forma parcial o conjunta con un factor extraño al trabajo (y habitualmente interno), motivando una extensa discusión sobre concausalidad.

Para esta controversia, el ámbito académico ha propuesto diferentes soluciones:

La indiferencia de la concausa: Mientras que la cuestión de la causa o relación de causalidad fue un tema basal del Derecho Civil en la concepción de Vélez Sarsfield (recordar artículos 499 a 502, 505 y concordantes del Código Civil: *no hay obligación sin causa*, y sus múltiples consecuencias), tal cuestión en los infortunios del trabajo no fue motivo de mayores preocupaciones para el novísimo Derecho Laboral hasta la década de 1940, oportunidad en que se elabora por la jurisprudencia la teoría de la “*indiferencia de la concausa*” o de responsabilidad plena de los empleadores en el ámbito de la llamada “Ley especial” Nº 9688. Doctrinas judiciales virtualmente unánimes por entonces sostenían que aunque el daño causado por el infortunio en la persona del trabajador hubiere sido producido en parte por factores predisponentes, genéticos o preexistentes ajenos a los riesgos del puesto o infortunio, el empleador igualmente debía responder por la totalidad del daño producido, cualesquiera fuese la causalidad atribuible.

Como consecuencia de la aplicación de esta teoría, surgen dos reglas, la primera e indiscutible, implica el reconocimiento del daño como producto del accidente sufrido, aun cuando el accidente no sea la única causa.

La segunda regla de la teoría, (más cuestionable) dispone el deber de reparar el total del daño que el factor laboral contribuyó a instalar, sin matices ni fronteras. Lo expuesto llevó a que los jueces, siguiendo su creación pretoriana, hicieran pagar al deudor consecuencias dañosas totales pese a que la incidencia concausal del empleo hubiese jugado un papel mínimo o hasta insignificante. La ley 24028 sancionada en 1991 en su art 2 limitó la

responsabilidad patronal a la proporción que el empleo haya participado en la producción del estado incapacitante); “...*en caso de concurrencia de factores causales atribuibles al trabajador y factores causales atribuibles al trabajo, sólo se indemnizará la incidencia de estos últimos, la que será determinada por la autoridad administrativa o judicial según correspondiere...*”. De esta manera la citada ley, ratificó la primera regla de la concausa y le trazó un límite a la segunda.

Con la ley 24557, se eliminan las reglas contempladas en leyes anteriores, sin introducir en su reemplazo, ninguna norma similar, dejando abierto un amplio margen de interpretación. La ley, en lo referente a accidentes de trabajo, en su art 6 apartado 2, sólo excluye la cobertura de los daños derivados de “...*las incapacidades del trabajador **preexistentes a la iniciación de la relación laboral y acreditadas en el examen preocupacional efectuado según pautas establecidas por la autoridad de aplicación...***”.

(Las negritas fueron agregadas por quien realiza el presente trabajo).

Surge de lo expuesto, “*que la ley 24557, en materia de accidentes de trabajo, tácitamente ha admitido la operatividad de las dos reglas teoría de la indiferencia de la concausa*”. [Maza M. A., Cruz Devoto G. y Segura J. M. (2013) “*Comentarios sobre el Régimen de Riesgos del Trabajo*” (1° Edición, págs. 138 y 139) Buenos Aires, Errepar SA]

La controversia sobre la causalidad y concausalidad continúa y surge palmariamente ante cada reclamo en sede judicial donde se delínean dos puntos de vista antagónicos, descriptos por Franco Lisi,

- 1) Desde el punto de vista del deudor la interpretación de los riesgos laborales es unicausal interpretando en forma restrictiva la actual ley de riesgos del trabajo (*que como anteriormente se explicó, omitió definir taxativamente el tema, como sí lo hizo su antecesora, la ley 24028*).
- 2) Desde el punto de vista del acreedor la interpretación de los riesgos es multicausal, basados en la teoría de la indiferencia de la concausa, de construcción jurisprudencial (que representó un avance en el Derecho Social al incluir más protección y más protegidos) y *basados en la omisión*

que el legislador hizo en la ley 24557, al no ratificar lo reglado en su norma precedente. [Lisi, Franco, (2008.) "Medicina del Trabajo" (págs. 609 y 610) Buenos Aires Editorial Nuevos Tiempos.]

(El texto en cursiva es interpretación y agregado por el autor del presente trabajo)

Desde el punto de vista médico legal, el Dr. Franco Lisi propone criterios a los fines de poder acercar respuestas a la causalidad y concausalidad en el ámbito de la medicina del trabajo:

*Criteriología del razonamiento médico legal en el tema del nexo concausal.
Variables a considerar.*

- 1) Cronológica: Razonabilidad de la aparición de los primeros efectos ante la acción de la causa presunta.
- 2) Topográfica: Verificar si el agente etiológico es susceptible de lesionar determinadas locaciones u órganos corporales.
- 3) Idoneidad lesiva: Valoración de la capacidad cuantitativa o cualitativa del presunto agresor en producir daños.
- 4) Continuidad fenomenológica: que los sucesivos signos y síntomas del fenómeno no fueren incompatibles o inexplicables entre sí.
- 5) Exclusión de otras causas: Demostración que las causas laborales son capaces de producir el daño, con prescindencia de otras.
- 6) Aplicación del criterio epidemiológico: Evaluación de datos estadísticos corroborantes entre condiciones de trabajo y patologías encontradas.

Aunque luego admite que *no debe olvidarse que la condición humana no es el promedio sino la heterogeneidad*. Las variables entre seres humanos vienen dadas por:

- a) Edad;
- b) Sexo;
- c) Estado de salud preexistente, biológica, psíquica y mental;
- d) Información formación y calificación profesional;
- e) Capacidades psicomotrices, psíquicas y mentales;

- f) Expectativas individuales;
- g) Influencia ecológica del medio ambiente (régimen alimenticio, estilo de vida, etc.).

Todo lo expresado plantea serias dificultades para la estimación porcentual de ambos factores (debidos al individuo y debidos al trabajo), de tal forma que resulta arbitrario e injusto y sobre todo la valoración puede concluir en casuismo en lugar de una metodología universal comprensible y verificable por las partes.

Afirma el autor, que para obtener mayor precisión es indispensable contar con los siguientes elementos:

- I) Antigüedad en el puesto de trabajo o en la exposición al riesgo.
- II) Riesgos específicos psicofísicos del ambiente laboral.
- III) Presentación de síndromes clínicos en su forma patognomónica de enfermedad concausal.
- IV) Ecuación entre el perfil clínico y el resultante de los exámenes complementarios.

(Lisi, Franco. *“Patología del trabajo, análisis de la causalidad”*, Ed. Némesis, Buenos Aires, 1993.pág. 95 y ss.)

Finaliza remarcando: *“Criterio médico legal para deslindar factores causales laborales y no laborales. En la enfermedad concausal se propone investigar el nexo causal de acuerdo al siguiente itinerario:*

1) *Factores de riesgo: Exógenos y endógenos. Exógenos son, entre otros, microclima, vivienda, hábitos de vida, hábitos socio culturales, polución atmosférica, exposición al riesgo profesional. Los endógenos son la edad, la constitución, los factores fisiológicos y genéticos.*

2) *Duración de los factores de riesgo: se trata del tiempo de exposición a los factores de riesgo antes mencionado.*

3) *Factor genético: investigar el origen congénito de algunas malformaciones o anomalías y la etiología genética multifactorial de diversas enfermedades.*

4) *Utilización de la criteriología médico legal: se refiere a las pautas enunciadas precedentemente con el modelo basado en la*

multicausalidad y el modelo probabilístico.

Aconseja desarrollar en forma clara y precisa las normas claras para:

- * El reconocimiento previo al ingreso en trabajos con riesgo profesional.*
- * El reconocimiento periódico en puestos de trabajo peligroso o riesgoso.*
- * Normas para el diagnóstico de los cuadros clínicos por enfermedades profesionales.*
- * Normas para la calificación de las incapacidades en las diversas enfermedades.”*

[Lisi, Franco (1993). *“Patología del trabajo, análisis de la causalidad”* (pág. 101-102). Buenos Aires Ed. Némesis].

2) Enfermedades profesionales

Implica la otra forma de activar la responsabilidad legal en el régimen vigente cuando el evento nocivo ocurrido en vinculación con el empleo no tiene características de ser súbito, violento, visible y tangible.

A estos hechos perjudiciales para la salud del trabajador, se los nuclea bajo la denominación de enfermedades profesionales.

Según la OIT surge como definición de las enfermedades profesionales:

1. De acuerdo con el Protocolo de 2002 del Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981, la expresión «enfermedad profesional» designa toda enfermedad contraída por la exposición a factores de riesgo que resulte de la actividad laboral.

2. En la Recomendación sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, 1964 (núm. 121) de la OIT, párrafo 6, 1), se contempla la definición de las enfermedades profesionales de la manera siguiente: “Todo Miembro debería, en condiciones prescritas, considerar como enfermedades profesionales las que se sabe provienen de la exposición a sustancias o condiciones peligrosas inherentes a ciertos procesos, oficios u ocupaciones.”.

3. La definición de la enfermedad profesional contiene por tanto dos elementos principales:

I.- La relación causal entre la exposición en un entorno de trabajo o actividad laboral específicos, y una enfermedad específica, y

II.- El hecho de que, dentro de un grupo de personas expuestas, la enfermedad se produce con una frecuencia superior a la tasa media de morbilidad del resto de la población.

[Identificación y reconocimiento de las enfermedades profesionales: Criterios para incluir enfermedades en la lista de enfermedades profesionales de la OIT. Reunión de expertos sobre la revisión de la lista de enfermedades profesionales (Recomendación núm. 194) Ginebra, 27-30 de octubre de 2009]

En distintos ordenamientos legales, se ha intentado abordar este tema, sobre la base de diferentes metodologías. Ackerman señala que “según la técnica que se adopte para la identificación de las enfermedades profesionales, el resultado puede ser en extremo variado respecto a la amplitud de la cobertura, de suerte que será mayor si sólo se aporta una definición y menor si se opta por una enumeración taxativa” [Ackerman, (2007) *“Tratado de Derecho del Trabajo”* (2º Edición. Tomo VI, pág. 139). Santa Fe Editorial Rubinzal-Culzoni.]

Respecto a esta situación, el comité de expertos de la OIT, ha detallado que:

La relación entre la exposición y los efectos (es decir, la relación entre la exposición y la gravedad del daño causado a la persona) y la relación entre la exposición y la respuesta (es decir, la vinculación entre la exposición y el número relativo de personas afectadas) constituyen elementos importantes para determinar si existe una relación causal. Las investigaciones y los estudios epidemiológicos han brindado una gran contribución a este respecto.

El mayor conocimiento de la relación causal ha permitido una definición médica más precisa de las enfermedades profesionales. Por esta razón, la definición jurídica de las enfermedades profesionales, que planteaba un problema bastante complejo, se acerca cada vez más a la definición y a los criterios médicos.

Las disposiciones jurídicas relativas a la indemnización de las víctimas varían de un país a otro. En virtud del artículo 8 del Convenio sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, 1964 [Cuadro I modificado en 1980] (núm. 121), en el que se contemplan las distintas opciones que ofrecen a los Estados Miembros para identificar y reconocer las enfermedades profesionales que generan el derecho de los trabajadores a recibir prestaciones de indemnización:

Todo Miembro deberá:

- a) prescribir una lista de enfermedades en la que figuren, por lo menos, las que se enumeran en el cuadro I del presente Convenio y que serán reconocidas como enfermedades profesionales cuando sean contraídas en las condiciones prescritas; o
- b) incluir en su legislación una definición general de las enfermedades profesionales, que deberá ser suficientemente amplia para que abarque, por lo menos, las enfermedades enumeradas en el cuadro I del presente Convenio; o
- c) establecer una lista de enfermedades en cumplimiento del apartado a), añadiendo, además, sea una definición general de enfermedades profesionales o bien otras disposiciones que permitan establecer el origen profesional de las enfermedades que no figuran en la lista o que se manifiestan bajo condiciones diferentes de las prescritas.

La opción del apartado a) se conoce como el “sistema de listas”, la del apartado b), como el «sistema de una definición genérica» o sistema de cobertura global, y la del apartado c) se conoce generalmente como el “sistema mixto”.

El “sistema de listas” cubre sólo cierto número de enfermedades profesionales, y tiene la ventaja de que permite una enumeración de las enfermedades de origen supuestamente profesional. Esta fórmula simplifica la labor de todas las partes, ya que a menudo es muy difícil, cuando no imposible, demostrar si una enfermedad puede atribuirse o no a la ocupación de la víctima. También ofrece otra ventaja importante al permitir una indicación clara de dónde debe focalizarse la prevención.

El “sistema de una definición genérica” permite en teoría abarcar todas las enfermedades profesionales; permite la protección más amplia y flexible, pero hace recaer en la víctima la carga de probar el origen de la enfermedad. En la práctica, también requiere a menudo un arbitraje en casos individuales. Además, mediante este sistema no se hace hincapié en la prevención específica.

Dada la marcada diferencia que existe entre el «sistema de una definición genérica» y el “sistema de listas”, muchos Estados Miembros de la OIT prefieren utilizar el “sistema mixto” porque combina las ventajas de los dos otros sistemas sin sus inconvenientes.

Autores nacionales, como el Dr. Alejandro Basile, definen a la enfermedad profesional como *“un estado patológico consecutivo a la acción reiterada, lenta y/o progresiva, de los elementos comunes que intervienen en la ejecución de un trabajo, incluido taxativamente en una lista nominal oficial registrada por la autoridad del Estado.”* [Basile A. (2009) *“Tratado de Medicina Legal del Trabajo”*. (2° Edición. Pág. 97). Buenos Aires Ediciones Jurídicas Cuyo].

Y precisamente fue en esta última inteligencia, que la Ley de Riesgos del Trabajo, basó el método de reconocimiento de las enfermedades profesionales, ateniéndose a un listado cerrado y taxativo, para determinar si una entidad queda incluida o no como enfermedad profesional y de acuerdo a ello, si será pasible o no de cobertura dentro del régimen legal de riesgos del trabajo.

En su texto original, la ley 24557 en el inciso 2 del art 6 reglaba:

“Se consideran enfermedades profesionales aquellas que se encuentran incluidas en el listado de enfermedades profesionales que elaborará y revisará el Poder Ejecutivo anualmente, conforme al procedimiento del artículo 40 apartado 3 de esta ley. El listado identificará agente de riesgo, cuadros clínicos y actividades, en capacidad de determinar por sí, la enfermedad profesional.

Las enfermedades no incluidas en el listado como sus consecuencias en ningún caso serán consideradas resarcibles.”

También el 3° párrafo del art. 40 de la ley, establecía que la lista debía confeccionarse, “...*teniendo en cuenta la causa directa de la enfermedad con las tareas cumplidas por el trabajador y con las condiciones medio ambientales*”.

La mencionada lista, fue aprobada por el decreto 658/96, que obligaba a una revisión anual de la misma, que en la práctica no ocurrió.

El listado es llamado “de triple columna”, describiendo enfermedad, agente de riesgo y actividad en la que acontece el infortunio laboral (el decreto 1278/00 agregó una cuarta columna: tiempo de exposición al agente nocivo). De lo expuesto se desprende que no basta con que una noxa determinada conste en la lista para recibir la cobertura correspondiente, sino que debe cumplir con los demás requisitos de las restantes columnas.

En el preámbulo del decreto 658/96 se indica:

“La noción de enfermedad profesional se origina en la necesidad de distinguir las enfermedades que afectan al conjunto de la población de aquellas que son el resultado directo del trabajo que realiza una persona, porque generan derechos y responsabilidades diferentes que las primeras.

La expresión “resultado directo del trabajo que realiza una persona”, es demasiada ambigua para generar un concepto claro y necesita ser acotada para generar la posibilidad de diferenciar las enfermedades profesionales, especialmente las multifactoriales, que no siempre son fáciles de reconocer.

Entre los factores que determinan las enfermedades profesionales tenemos:

- Variabilidad biológica; en relación a un mismo riesgo o condición patógena laboral, no todos enferman y los que enferman no lo hacen todos al mismo tiempo y con la misma intensidad. La variabilidad biológica es un factor de gran importancia en la génesis de las enfermedades profesionales y aunque algunos de los mecanismos que explican las diferencias de susceptibilidad están siendo dilucidados, estas diferencias son significativas en situaciones de

exposición de baja o mediana intensidad, ya que en casos de sobreexposición, todos enferman.

- Multicausalidad; una misma enfermedad puede tener distintas causas o factores laborales y extralaborales que actúan al mismo tiempo y que contribuyen a su desencadenamiento. Discriminarlos exige la identificación precisa de cada uno de ellos.
- Inespecificidad clínica; la mayoría de las enfermedades profesionales no tienen un cuadro clínico específico que permita relacionar la sintomatología con un trabajo determinado.
- Condiciones de exposición; un mismo agente puede presentar efectos nocivos diferentes según las condiciones de exposición y vía de ingresos al organismo.

Por estas razones, el reconocimiento del carácter de profesional de una enfermedad es un proceso de varias etapas, una corresponde al conocimiento del medio ambiente y condiciones de trabajo, otra al conocimiento clínico-biológico y otras al marco legislativo y médico legal que permite establecer las diferencias entre las enfermedades profesionales y comunes.

Para atribuir el carácter de profesional a una enfermedad es necesario tomar en cuenta algunos elementos básicos que permiten diferenciarlas de las enfermedades comunes:

- **Agente**; debe existir un agente en el ambiente de trabajo que por sus propiedades puede producir un daño a la salud; la noción del agente se extiende a la existencia de condiciones de trabajo que implican una sobrecarga al organismo en su conjunto o a parte del mismo.
- **Exposición**; debe existir la demostración que el contacto entre el trabajador afectado y el agente o condiciones de trabajo nocivas sea capaz provocar un daño a la salud.
- **Enfermedad**; debe haber una enfermedad claramente definida en todos sus elementos clínicos, anátomo-patológicos y terapéuticos, o un daño al organismo de los trabajadores expuestos a los agentes o condiciones señalados antes.

- **Relación de causalidad;** deben existir pruebas de orden clínico, patológico, experimental o epidemiológico, consideradas aislada o concurrentemente, que permitan establecer una asociación de causa efecto, entre la patología definida y la presencia en el trabajo, de los agentes o condiciones señaladas más arriba.

La conjunción de estos cuatro elementos permite distinguir cuando una enfermedad es o no profesional y establecer las listas de las que serán reconocidas como tales y las condiciones de su reconocimiento. Al considerar estos elementos se puede poner en claro cuáles son las condiciones de generación de la enfermedades profesionales y en consecuencia cómo se pueden evitar.”

El hermetismo de la antedicha norma, fue muy criticado y existió gran presión desde la doctrina y la jurisprudencia para una flexibilización de la misma, lo cual finalmente derivó en un decreto de necesidad y urgencia, el 1228/2000 que entre varias modificaciones incorpora un mecanismo de apertura y reconocimiento de ciertos casos especiales, a los que denomina “enfermedades profesionales no listadas”. En base a estos cambios se modificó el art. 6, sobresaliendo los siguientes párrafos: “Se consideran enfermedades profesionales aquellas que se encuentran incluidas en el listado que elaborará y revisará el Poder Ejecutivo, conforme al procedimiento del artículo 40 apartado 3 de esta ley. El listado identificará agente de riesgo, cuadros clínicos, exposición y actividades en capacidad de determinar la enfermedad profesional.

Las enfermedades no incluidas en el listado, como sus consecuencias, no serán consideradas resarcibles, con la única excepción de lo dispuesto en los incisos siguientes:

Serán igualmente consideradas enfermedades profesionales aquellas otras que, en cada caso concreto, la Comisión Médica Central determine como provocadas por causa directa e inmediata de la ejecución del trabajo, excluyendo la influencia de los factores atribuibles al trabajador o ajenos al trabajo.”

Con esta modificación, si en efecto el trabajador padece una condición patológica que reúne todos los caracteres de externalidad y causalidad directa, deberá iniciar un trámite ante una Comisión médica jurisdiccional, para demostrar la concurrencia de los agentes de riesgos, exposición, cuadros clínicos y actividades con eficiencia causal directa respecto de su dolencia. Y según el decreto 410/01, dicha presentación deberá ser suscripta por un médico especialista en medicina del trabajo o medicina legal y se deberán acompañar todos los elementos probatorios necesarios.

Si bien es un mecanismo complejo y poco práctico, ofrece un elemento distinto al sistema original de lista cerrada.

No obstante las modificaciones descriptas, continuaron los reclamos litigiosos por enfermedades no listadas y la jurisprudencia ha determinado que para estos casos, corresponde la reparación basada en el derecho civil "...en la medida que se comprueba que existe un nexo de causalidad adecuado entre el daño sufrido y la actividad laborativa desempeñada a favor de la empleadora" (Sala 8°, 25/9/2012, "Pavlovic, Gabriela Marisa v. Tam Linhas Aéreas SA y otro").

Más adelante, luego de analizar la ley 26.773, modificatoria del régimen vigente, se detallarán algunos aspectos relacionados a este capítulo sobre incorporación de otras entidades al listado de enfermedades profesionales.

CONTINGENCIAS EXCLUIDAS

En el Art 6 de la ley 24557, se prevén las contingencias no incluidas en su cobertura

- 1) las enfermedades profesionales no incluidas en el listado, salvo que las incluya la Comisión Médica Central (decreto 1278/2000.
- 2) Las llamadas "enfermedades – accidentes". Se denominan así a aquellas enfermedades que tenían un lento proceso de evolución y exteriorización que producían incapacidades derivadas de factores de tipo personal del trabajador y de otros producidos por el trabajo.

- 3) Los accidentes y enfermedades profesionales causados por el dolo del trabajador o fuerza mayor extraña al trabajo
- 4) Las incapacidades del trabajador preexistentes a la iniciación de la relación laboral acreditadas en el examen preocupacional efectuado según pautas establecidas por la autoridad de aplicación

Cabe consignar, que en relación a las enfermedades no incluidas en el listado de enfermedades, la CSJN ha tenido oportunidad de expedirse en cuanto a que sí, son resarcibles.

Tal es lo dictaminado en el caso **"SILVA Facundo Jesús c/ UNILEVER de Argentina"** CSJN S. 1789. XL. RECURSO DE HECHO, 2007 ; en el cual la patología diagnosticada en la que se basaba la demanda (cuadro respiratorio crónico) no se encontraba enunciada en ese listado, por lo que la Sala 8 de la Cámara determinó que no existía responsabilidad para su reparación.

La Corte, fundada en la existencia de pruebas respecto al aire viciado en el ambiente laboral, revocó el fallo de Cámara y expresó que existe obligación de la ART de indemnizar Enfermedades no incluidas en el listado de enfermedades, tanto frente a reclamos fundados en la Ley de Riesgos como en el Derecho Civil.

En el voto mayoritario de cuatro jueces, la Corte consideró que la sentencia apelada, era arbitraria, por cuanto había juzgado la situación a la luz del artículo 6 de la ley de riesgos que impedía la reparación de enfermedades no comprendidas en el listado, sin advertir la Cámara que la acción se había fundado en el derecho civil, con lo cual, según la Corte, era incongruente aplicar una limitación prevista en la ley de riesgos a una acción fundada en otro régimen legal.

En este voto de la mayoría de la Corte subyace la tesis de que el sistema de la ley 24.557 en materia de enfermedades profesionales no sería tan cerrado como parece, porque solamente vedaría la reparación de enfermedades ajenas a la lista por la vía de la ley especial, pero no obstaría a la admisión de reclamos fundados en el derecho común, siempre y cuando, por supuesto, concurren todos los presupuestos de responsabilidad de la ley civil.

En cambio, otros votos concurrentes (los de los jueces Fayt y Petracchi) partieron de la premisa sentada por la Cámara en el fallo apelado, de que el sistema era absolutamente cerrado y que también vedaba cualquier tipo de reparación, sea fundada en la ley civil o en la ley de riesgos del trabajo. Sin embargo, consideraron que de acuerdo a esa interpretación, la norma sería inconstitucional.

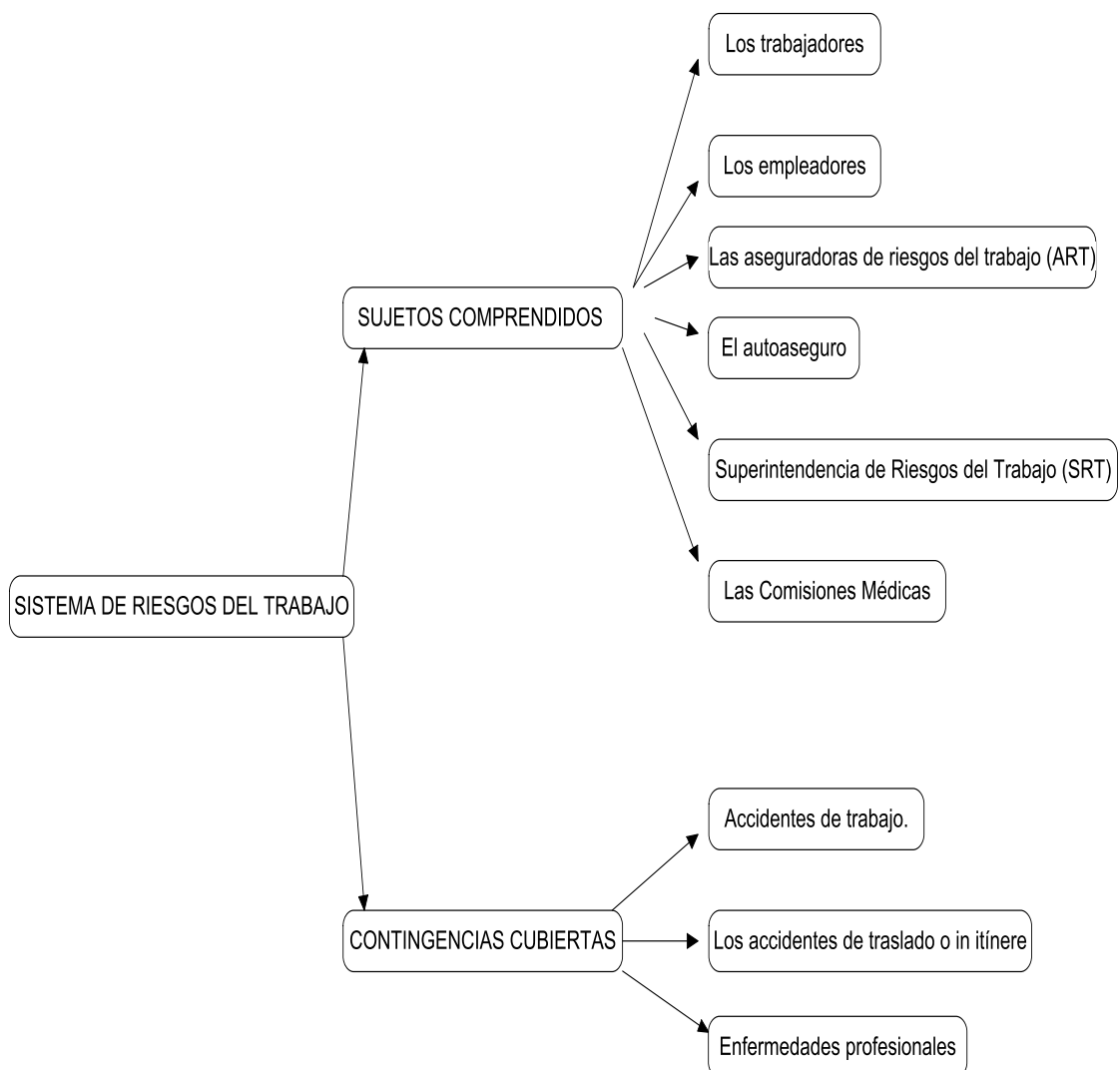
En suma tanto por la interpretación del voto mayoritario como por la del minoritario, basada diferentes argumentos, la Corte dictaminó que no corresponde excluir de la responsabilidad para su resarcimiento, a las enfermedades que no se encuentren en el listado.

Con respecto al eximente de fuerza mayor, la jurisprudencia ha sido restrictiva, descartando la responsabilidad sólo en casos en los que resulta inequívoco que el trabajador hubiera sufrido el infortunio, aún cuando no hubiera estado en el empleo o en el trayecto entre su domicilio y su lugar de trabajo. Vale como ejemplo: **CASTILLO, Carlos C/ GERZTEIN, Arnaldo y otros s/ ACCIDENTE LEY 9688"** CNAT SALA IV SENT.83914 del 28/6/99. "No toda fuerza mayor es útil para eximir de responsabilidad al principal en los términos del art 7 de la ley 24028. Por el contrario, se requiere la configuración de un suceso que exceda el marco del art 514 del C. Civil, que por su trascendencia sobrepase la esfera de actuación misma de la empleadora. En tal sentido, el atentado a una sede diplomática (Embajada de Israel) no encuadra en la restringida descripción legal, porque no es posible sostener, al menos en forma dogmática, que el actor hubiese padecido igualmente el daño aunque no trabajase para una persona que subcontrató la tarea que debía llevarse a cabo en dicha sede. En consecuencia, no se trata de negar el carácter de fuerza mayor al grave hecho ilícito, sino concluir que si bien podría llegar a serlo en derecho civil, no lo es en el marco de la ley 24028 que da sustento al reclamo y que tiende a hiperproteger a la víctima. (Del dictamen 27279 del Fiscal general ante la CNAT, al que adhiere la Sala)."

En relación a las preexistencias como eximentes de responsabilidad, es menester aclarar que si bien es indiscutible que ni el empleador ni su

aseguradora deben indemnizar incapacidades que el trabajador ya tenía al ingresar al empleo., sí debe hacerlo respecto a las nuevas minusvalías o el mayor grado de éstas que haya provocado el accidente o las condiciones de ese empleo, máxime que por conocerse esa incapacidad preexistente, debe ser extremado el deber de protección para evitar el agravamiento. [Maza M. A., Cruz Devoto G. y Segura J. M. (2013) “*Comentarios sobre el Régimen de Riesgos del Trabajo*” (1° Edición, pág. 179) Buenos Aires, Errepar SA]

Para que la preexistencia tenga validez como causa de eximente de responsabilidad, debe haberse cumplido el procedimiento normado respecto a la realización del examen preocupacional y su correspondiente homologación con visado o fiscalizado ante la Superintendencia de Riesgos del Trabajo.



PRESTACIONES

La ley cubre dos tipos de prestaciones: en especie y dinerarias.

PRESTACIONES EN ESPECIE

Las prestaciones están contempladas en los capítulos IV y V de la ley 24.557 (artículos 11 a 20).

Las prestaciones en especie son servicios y beneficios para asistir al trabajador.

- 1) Asistencia médica y farmacéutica
- 2) Prótesis y ortopedia
- 3) Rehabilitación
- 4) Recalificación profesional y servicio funerario.

Ello implica que la ART deben contar con infraestructura (propia o contratando a terceros) para brindar estas prestaciones. Deben ser otorgadas hasta su curación completa o mientras subsistan los síntomas incapacitantes.

Las prestaciones en especie deberán ser apropiadas al uso personal del trabajador y de su familia y razonablemente proporcionadas a los requerimientos que las consecuencias de la contingencia cubierta requieran. Su no prestación expone a la ART a responsabilidad penal.

Incluso, no necesariamente el hecho de haber otorgado el alta al trabajador, no exime a la ART de otorgar las prestaciones en especie determinadas por la Comisión Médica. El alta sólo hace cesar la incapacidad laboral temporaria, mientras que las prestaciones en especie, deben ser otorgadas hasta que ocurra la curación completa o mientras subsistan los síntomas incapacitantes.

La atención médica y demás prestaciones en especie que la ART debe brindar al trabajador, se complementa con el deber de abonar los salarios por la incapacidad laboral temporaria a partir del décimo primer día del siniestro hasta el alta médica. También se suma a esta obligación, los salarios por incapacidad permanente provisoria (incapacidades

superiores al 50% que no pueden calificarse como permanente definitiva) que se abonan hasta que la incapacidad se torne definitiva permanente.

Otra prestación en especie es la llamada recalificación profesional, el cual es el proceso coordinado de adaptación para que los trabajadores afectados por accidentes o enfermedades profesionales puedan conservar un empleo adecuado y comprende la orientación y la formación profesional, como la colocación selectiva.

Surge el concepto de “trabajador impedido” que es aquel siniestrado que a causa de alguna de las contingencias previstas en el sistema, quede impedido de seguir realizando la tarea que efectuaba antes del evento sufrido.

La recalificación tiene diferentes etapas (evaluación, orientación y análisis ocupacional y de adecuación al medio), contando el empleador con 15 días para definir su situación. De no ocurrir esto último, el trabajador ingresa en la etapa de capacitación, cuya duración es de tres meses como mínimo y un año como máximo con una carga horaria de 30 hs mensuales.

PRESTACIONES DINERARIAS

Cubren la pérdida de los ingresos del trabajador por no poder concurrir a prestar tareas en virtud de su incapacidad, y a reparar los eventuales daños permanentes a la salud psicofísica del trabajador afectado.

Los montos han ido variando desde la sanción de la ley 24557, con reiteradas modificaciones, las más relevantes son el decreto de necesidad y urgencia 1278/2000, decreto reglamentario 1694/2009, la ley 26773 y el decreto 472/14.

Previo a la última reforma, que más adelante se describirá con mayor detalle, las prestaciones dinerarias podían consistir en una suma fija, o en una renta periódica. Actualmente estos últimos pagos en forma periódica han sido eliminados.

Para establecer su cuantía, se debe determinar el porcentaje de incapacidad que padece el trabajador, el ingreso base diario y mensual, a edad del trabajador y las cargas de familia.

Tipos de incapacidad o daños que dan lugar a las prestaciones dinerarias

Las situaciones que dan derecho a las prestaciones dinerarias son: la incapacidad temporaria, la incapacidad permanente y la muerte del trabajador.

Las prestaciones dinerarias varían según el grado de incapacidad del trabajador (parcial – leve o grave y total) y su carácter (temporario, provisoria o permanente).

Pueden presentarse las siguientes situaciones:

- I) Incapacidad laboral temporaria
- II) Incapacidad laboral permanente
- III) Gran invalidez
- IV) Fallecimiento

La ley ha distinguido las incapacidades permanentes entre:

- 1) Parciales (menores al 66% de la total obrera
- 2) Totales superiores al 66% de la total obrera

Asimismo el art. 14 de la LRT fijó una subcategoría de la incapacidad parcial previendo una forma de pago para las menores del 50% (suma fija que surge de tomar en cuenta la edad, el salario y el porcentaje de incapacidad) y otra diferente para la superior al 50 y menor del 66% (renta periódica mensual hasta el fallecimiento).

De lo expuesto surgen cuatro situaciones respecto a la incapacidad:

- a) Incapacidad parcial inferior a 50%
- b) Incapacidad igual o superior al 50% e inferior al 66%
- c) Incapacidad total o absoluta
- d) Incapacidad total o absoluta con gran invalidez

Como se ha expresado, han surgido numerosas modificaciones, tanto de los montos como de las formas de pago, atento a las decisiones jurisprudenciales que fueron alterando o dejando sin efecto muchas de las disposiciones de la ley original.

En este sentido, la ley 26773, reguló para el cálculo de las indemnizaciones un nuevo índice, conocido como “RIPTE” que es la sigla de Remuneración Imponible Promedio de los Trabajadores Estables, estableciendo un cociente que incrementa considerablemente los montos de los resarcimientos.

I) Incapacidad laboral temporaria

Es la que inhabilita temporariamente al trabajador, para prestar tareas. Se trata de un impedimento transitorio, con duración máxima de doce meses, contados desde el accidente o desde la primera manifestación invalidante de enfermedad.

En este periodo el trabajador percibe una prestación de pago mensual equivalente al salario por enfermedad teniendo en cuenta la totalidad de los conceptos que debió percibir el damnificado al momento de la primera manifestación invalidante.

Durante los primeros 10 días de la incapacidad laboral temporaria, el pago estará a cargo del empleador, y a partir del decimo primer día corresponde a la ART pagar la remuneración correspondiente.

La incapacidad laboral temporaria, se extiende hasta la presencia de cualquiera de las siguientes circunstancias:

- a) Alta médica producida antes de transcurrido los doce meses desde su primer manifestación
- b) Declaración de estado de incapacidad permanente
- c) Transcurso de un año desde la primera manifestación invalidante (que actualmente puede extenderse 12 meses más, según el inciso 4 del artículo 2° del Anexo 1 del Decreto 472/14).
- d) Muerte del damnificado.

II) Incapacidad laboral permanente: Puede ser provisoria o definitiva.

a) Incapacidad Laboral Permanente Provisoria:

Se extiende hasta los treinta y seis meses, que se puede ampliar por un máximo de veinticuatro meses más, cumplido los plazos, si el trabajador no se ha recuperado, la incapacidad laboral permanente pasa de provisoria a definitiva.

Mientras dura la provisionalidad la ART abona a trabajador prestaciones mensuales, que varían según la misma sea parcial (menor al 66%) o (total superior al 66%).

Siempre persistió una discusión semántica respecto a que una incapacidad pueda ser “permanente y provisoria”, pero se lo interpretó que existirían situaciones en las que hay un grado de incapacidad con carácter perenne, pero el grado de minusvalía podría estar sujeto a cambios en el mediano plazo. Esta distinción, que generaba una variación en el modo de pago, ha sido tácitamente eliminada por la modificación de la ley 26773, al determinar ésta que “el principio general de indemnización es de pago único”.

Y en forma expresa, el decreto reglamentario de la ley (decreto 472/2014), establece que en relación a las prestaciones dinerarias, la incapacidad laboral permanente no tendrá situación de provisionalidad.

b) Incapacidad Laboral Permanente Definitiva:

Puede ser parcial o total.

A su vez la parcial puede ser leve o grave.

Leve es aquella menor al 50%, y en este supuesto, se abona un pago único.

En la grave (superior al 50 e inferior al 66%), la ART debía pagar una renta periódica hasta su fallecimiento. Con la nueva ley, además de acrecentarse el monto indemnizatorio, como se ha expresado anteriormente, este deberá ser de pago único y no una renta mensual.

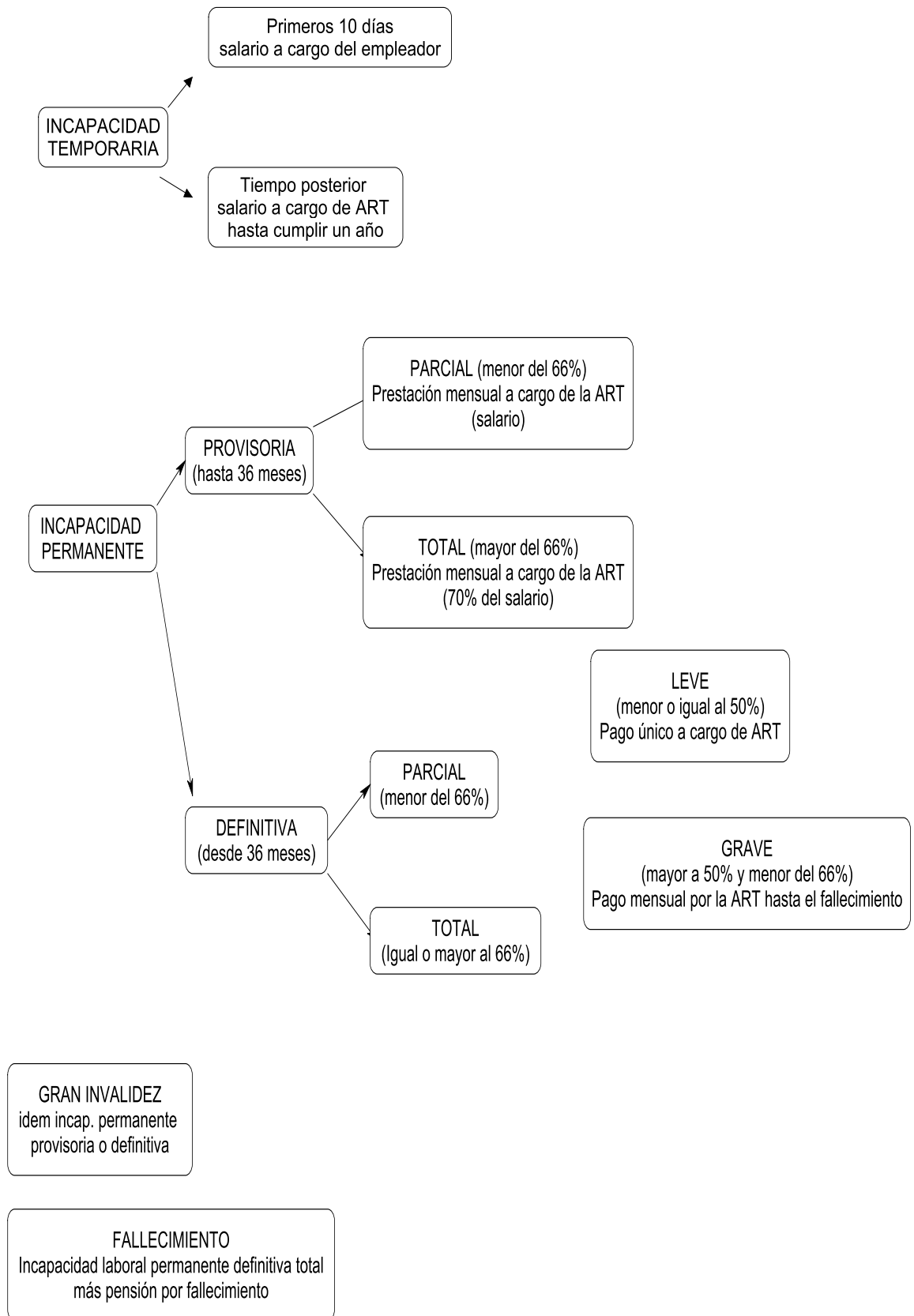
La incapacidad permanente definitiva total, es aquella cuyo grado de incapacidad es del 66% o más. La ley 24557, en este caso establecía una renta

periódica, hecho que como en el caso anterior fuera modificado tanto en el monto como en el modo (pago único).

III) Gran invalidez: se trata de una incapacidad laboral permanente definitiva total en la que el damnificado necesita de la asistencia continua de otra persona. En este caso, además de las prestaciones previstas para el caso de incapacidad permanente definitiva total se agrega una prestación de pago mensual y la adición de un pago único extra (agregado por el decreto 1278/2000, elevado el monto por el decreto 1694/2009 y actualizado con el índice RIPTE a partir de la ley 26773.

IV) Fallecimiento: corresponden las mismas prestaciones que para la incapacidad laboral permanente definitiva total sumado a una pensión por fallecimiento para los derechohabientes.

Evaluación de los Aspectos Médico Legales de la Ley de Riesgos del Trabajo con sus Recientes Modificaciones



CRITERIOS PARA LA DETERMINACION DE LA INCAPACIDAD

De acuerdo a la ley 24557 y a los decretos 658/96 y 659/96, se fijan determinadas pautas para la fijación de las incapacidades laborales.

Taxativamente expresa:

“La evaluación de incapacidades permanentes por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales exige la concurrencia de:

- La existencia de un accidente del trabajo o una enfermedad profesional debidamente reconocida conforme a las normas vigentes.
- La presencia de, una disminución anatómica o funcional definitiva, irreversible y medible que debe ser la consecuencia del siniestro laboral señalado antes.
- El daño deberá ser medido de acuerdo a lo establecido en las tablas de incapacidades laborales que contempla el artículo octavo de la LRT.
- El grado de incapacidad laboral permanente debe ser el resultado de la aplicación de las tablas mencionadas y de los factores de ponderación que permitan establecer diferencias caso a caso.
- Los criterios de ponderación deben ser especificados para que su uso sea uniforme por parte de todas las Comisiones Médicas Evaluadoras y situarse en una escala que permita flexibilizar su aplicación.”

En suma, indica que la incapacidad debe estimarse, basada en las tablas que para tal fin se elaboraron a partir de la vigencia de la ley de riesgos del trabajo.

Esta metodología es obligatoria, para la determinación de la incapacidad laboral por parte de las comisiones médicas. Y se basa en un criterio de determinación general, ya fijado por una tabla ante determinada patología o secuela funcional, independientemente de la tarea específica que desarrollaba el trabajador damnificado.

Sólo tiene en cuenta las particularidades del trabajador, como edad, necesidad de recalificación y la dificultad mayor o menor para el desempeño de

sus tareas habituales, a los llamados factores de ponderación que modifican levemente los porcentajes estimados teniendo en cuenta la incapacidad general.

Los tres factores de ponderación utilizados son: la edad, el tipo de actividad y las posibilidades de reubicación laboral.

El decreto 659/96 expresa:

“La edad es un factor perfectamente determinable y no necesita la generación de ninguna variable adicional a los fines de incorporarlo como factor de ponderación.

No sucede lo mismo en el caso de tipo de actividad y las posibilidades de reubicación laboral, es por ello que se torna necesaria la generación de variables determinables que nos permitan aproximar el estado de estos factores de ponderación.

En el caso del tipo de actividad, el indicador más cercano es el grado de dificultad que le ocasiona la incapacidad al individuo para la realización de sus tareas habituales. Siguiendo en parte algunos de los criterios que adopta el Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones (SIJP), se establecen las siguientes categorías: realiza las tareas habituales sin dificultad, las realiza con dificultad leve, con dificultad intermedia o con alta dificultad.

En el caso de las posibilidades de reubicación laboral, se considera que la variable que mejor aproxima las posibilidades de reubicación laboral es la recalificación del individuo.”

Otro criterio utilizado a la hora de la estimación de la incapacidad, es el llamado método de la capacidad restante o método Balthazard, así lo prescribe el mencionado decreto en el ítem “CRITERIOS DE UTILIZACION DE LAS TABLAS DE INCAPACIDAD LABORAL”

“La Incapacidad que surgiere de una enfermedad profesional o de un accidente de trabajo se medirá en porcentaje de la capacidad funcional total del individuo.

En los trabajadores que, en los exámenes de ingreso, se constaten limitaciones anátomo funcionales, éstas deberán ser asentadas en su legajo personal, siendo el 100 % de la capacidad funcional del trabajador, su capacidad restante.

Esto implica, por lo tanto, que para la evaluación de la incapacidad de un trabajador afectado por siniestros sucesivos se empleará el criterio de la capacidad restante. Es decir que la valoración del deterioro se hará sobre el total de la capacidad restante.

En cuanto a la evaluación de la incapacidad de un gran siniestrado, producto de un único accidente se empleará también el criterio de capacidad restante, utilizando aquella de mayor magnitud para comenzar con la evaluación y continuando de mayor a menor con el resto de las incapacidades.”

El Dr. Franco Lisi, explica este método: *“Se utiliza este principio para evitar superar el 100%, y expresa la capacidad total teórica. Se procede de la siguiente forma: el porcentaje de incapacidad mayor se descuenta o resta del 100%. Sobre la capacidad restante se aplican los porcentajes de incapacidad siguientes”* [Lisi, Franco. (2008) " *Medicina del Trabajo*". (Primera edición, Pág. 621). Buenos. Aires. Editorial Nuevos Tiempos]

Cabe consignar que la jurisprudencia no ha aceptado unánimemente este método, en especial en casos en que la suma aritmética de incapacidades no supera al 100%. Cito como ejemplo:

Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala X 30/03/2012 **“Duran, Rubén Alejandro v. MAPFRE Argentina ART SA”** *“En lo atinente al primer agravio referente al método de Balthazard o principio de la restante, si bien la demandada en su escrito de responde petición la aplicación del decreto 659/96, aun dentro de ese marco normativa dicha fórmula no es de aplicación al caso. Ello es así porque el mentado principio de “capacidad residual” está fundado en el hecho que las incapacidades sucesivas no se suman aritméticamente, pero precisamente tiene la finalidad de evitar que mediante la sumatoria se sobrepase el 100% de la total obrera, lo cual no acontece en la*

especie a poco que se aprecie que la minusvalía laborativa no ese grado total.”

JURISPRUDENCIA

1) Cuestionamientos al art 39 inciso 1

El apartado 1 del art. 39 de la LRT rezaba: "Las prestaciones de esta ley eximen a los empleadores de toda responsabilidad civil, frente a sus trabajadores y a los derechohabientes de estos, con la sola excepción de la derivada del artículo 1072 del Código Civil".

En el fallo **“Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales SA s/ accidente”** (21/9/2004), donde los seis jueces coincidieron en ratificar el pronunciamiento de la Sala VI de la CNTrab., y declararon la inconstitucionalidad del artículo 39, apartado 1, de la LRT en cuanto impide al trabajador o a sus causahabientes reclamar de su empleador la reparación integral de los daños sufridos en un accidente de trabajo o enfermedad profesional.

El Máximo Tribunal señaló que la "incapacidad debe ser objeto de reparación, al margen de lo que pueda corresponder por el menoscabo de la actividad productiva y por el daño moral, pues la integridad física en sí misma tiene un valor indemnizable", que "los porcentajes de incapacidad estimados por los peritos médicos -aunque elementos importantes que se deben considerar- no conforman pautas estrictas que el juzgador deba seguir inevitablemente toda vez que no solo cabe justipreciar el aspecto laboral sino también las consecuencias que afecten a la víctima, tanto desde el punto de vista individual como desde el social, lo que le confiere un marco de valoración más amplio" y que "en el ámbito del trabajo, incluso corresponde indemnizar la pérdida de `chance`, cuando el accidente ha privado a la víctima de la posibilidad futura de ascender en su carrera".

Destacó el valor fundamental de protección contra la "inviolabilidad física, psíquica y moral" del individuo trabajador ante hechos o situaciones reprochables al empleador y, sostuvo que "...resulta inconstitucional una

indemnización que no es 'justa', puesto que 'indemnizar es eximir de todo daño y perjuicio mediante un cabal resarcimiento', lo cual no se logra "si el daño o el perjuicio subsisten en cualquier medida", lo que "impone que la indemnización deba ser 'integral' - 'justa'-, porque no sería acabada indemnización si el daño y el perjuicio quedaran subsistentes en todo o en parte [conf. arts. 17 y 14 bis, CN, y 21, inc. 2), CADH].

En “**Díaz, Timoteo F. c/ Vaspia SA**” (7/3/2006), con el voto de la doctora Argibay, que no lo había hecho en “Aquino”, donde se despejó toda posibilidad de que quedaran sin resarcir daños que de acuerdo con el CC lo son, pues interesa que se responda por el “todo” cuando el sistema tarifado establecido en la LRT no alcance a cubrirlo.

A partir de entonces, no queda más que desechar cualquier intento de restringir la responsabilidad del empleador cuando el damnificado es un trabajador ya que constituye una clara discriminación por su condición de tal, que viola sin duda alguna el principio de igualdad y vulnera los artículos 17 y 19 de la Constitución Nacional (la vía legal limita el valor del patrimonio del trabajador y se exige al empleador del deber de no dañar).

También repudia fuertemente el sistema reparador de la LRT al considerarlo conmensurablemente restringido por no admitir indemnización por ningún otro daño que no sea la pérdida de la capacidad de ganancias del trabajador.

2) Inconstitucionalidad del método de pago con rentas

Caso “**Milone Juan A. c/ Asociart ART SA**”.: se origina por la pérdida de la visión del ojo izquierdo del Actor, taxista de 55 años quien quedó con incapacidad parcial y permanente del 65%. Milone no cuestionó el monto de la indemnización, que por cierto en ese momento era bastante exigua, sino que reclamó el cobro en pago único, planteando la inconstitucionalidad del art 14 apartado 2 inciso b de la LRT. En 1º instancia y en Cámara le dieron la razón y llega el caso a la Corte por recurso extraordinario interpuesto por la ART. el 26/10 2004, la Corte señaló: “... el sistema de pura renta periódica regulado por el original art. 14.2.b, importa un tratamiento discriminatorio para los

damnificados víctimas de las incapacidades más severas (superiores al 20% e inferiores al 66%) en tanto a quienes sufren una minusvalía de rango inferior les reconoce una indemnización de pago único (art. 14.2.a, ley citada), distinción que no se compadece con la atención de las necesidades impostergables de las víctimas más afectadas por la incapacidad, desnaturalizándose por esa vía la finalidad protectoria de la ley (Constitución Nacional, arts. 16 y 75, inc. 23).

Prosigue afirmando: "...aun cuando la LRT (art. 14.2.b) no resulta censurable desde el plano constitucional por establecer como regla, para determinadas incapacidades, que la reparación dineraria sea satisfecha mediante una renta periódica, sí es merecedora del aludido reproche, de acuerdo con la jurisprudencia que ha sido citada en el considerando

4º, por no establecer excepción alguna para supuestos como el sub examine, en que el criterio legal no se adecua al objetivo reparador cuya realización se procura. Frente a tales circunstancias, además, la norma consagra una solución incompatible con el principio protectorio y los requerimientos de condiciones equitativas de labor (art. 14 bis cit.), al paso que mortifica el ámbito de libertad resultante de la autonomía del sujeto para elaborar su proyecto de vida, e introduce un trato discriminatorio.

Similares conclusiones expresa el fallo Suarez Guimbard c/ Siembra AFJP SA sobre indemnización por fallecimiento. La Corte estableció que correspondía confirmar la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 15, inc. 2º, 18 y 19 de la ley 24.557 (Adla, LV-E, 5865), de riesgos del trabajo, pues se acredita que el sistema de renta periódica —a causa de la fórmula actuarial que determina su quantum— conduce a un pago mensual que no satisface el objetivo reparador que la norma predica, a la vez que impide a los derechohabientes —que reclaman en un pago único el capital depositado— el ejercicio de un ámbito de libertad constitucionalmente protegido, en el que se inserta la formulación de su proyecto de vida, ya modificado traumáticamente por la muerte del trabajador. Un accidente laboral constituye un trance de gravedad que lleva al trabajador y a su familia a una profunda reformulación de su proyecto de vida, para lo cual la indemnización a percibir resulta un dato de

importancia mayúscula. Si el medio reparador es inadecuado, se añade una nueva frustración a la ya padecida por el daño sufrido. La aplicación de las normas cuestionadas lleva a un claro empobrecimiento de la víctima.

3) Rechazo a la opción renunciativa por aplicación de la teoría de los actos propios y posibilidad de acumulación de ambas vías de reclamación

En el caso "**Llosco Raúl c/ Irmí SA**", el Máximo Tribunal admitió el reclamo de un trabajador que había cobrado la indemnización por un accidente laboral a través de la ART y luego elevó su reclamo a la Justicia. De esta manera, **consagró la llamada "doble vía" indemnizatoria** que permite a los trabajadores reclamar ante las ART y también ante la Justicia, en caso de un accidente de trabajo.

En el este caso, el trabajador había reclamado a su empleador una indemnización integral de los daños derivados de un accidente laboral con base en el derecho civil, para lo cual planteó la inconstitucionalidad del art. 39.1 de la Ley de Riesgos del Trabajo (LRT), en cuanto le impedía el ejercicio de la acción civil, concediéndole sólo derecho a una reparación tarifada a cargo de la Aseguradora de Riesgos del Trabajo (ART).

Sostuvo, en tal sentido, que las disposiciones que establecen la relación entre el damnificado y la ART, son independientes de las que rigen el vínculo entre aquél y su empleador, de tal manera que nada impide que un operario dañado reclame y obtenga de la ART lo que la LRT le reconoce y, posteriormente, impugne esta ley en la medida en que le niega la posibilidad de reclamar al empleador, por la vía civil, la diferencia indemnizatoria que estime insatisfecha.

En la misma inteligencia, se expide en el fallo "**Cachambi, Santos c/ Ingenio Rio Grande SA.**"

4) Rechazo a la invocación de la teoría de culpa de la víctima para evitar el pago indemnizatorio

En "**Trejo, Jorge Elias c/ Stema SA y otros**" 24/11/09 CSJN

El Tribunal de Alzada, al confirmar la sentencia de la instancia anterior, rechazó la demanda entablada por el actor a los fines de que, con arreglo al Código Civil, le fuesen indemnizados los daños derivados del accidente del trabajo que le costara la amputación de cuatro dedos y limitaciones funcionales del quinto dedo —pulgar— de la mano derecha. Para decidir así, consideró que si bien la máquina aludida era una cosa peligrosa o riesgosa en los términos del art. 1113 del Cód. Civil, la prueba acreditaba que el infortunio acaeció por culpa exclusiva de la víctima. Asimismo, desestimó el reclamo en subsidio contra la aseguradora de riesgos del trabajo, fundado por el actor en la ley 24.557. Contra este pronunciamiento, ésta última parte dedujo recurso extraordinario federal, cuya denegación motivó la queja. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, por mayoría, desestimó la sentencia apelada. La culpa de la víctima, para cortar el nexo causal, debe ser la única causa del siniestro y revestir las características de inevitabilidad e imprevisibilidad propias del caso fortuito o fuerza mayor. No se puede ignorar los deberes del empleador sobre la observancia de las medidas adecuadas de prevención señaladas por la Pericia Técnica por lo que debe verificarse en qué medida las circunstancias que rodearon al siniestro pudieron ser evitadas si se hubiera adoptado la conducta apropiada exigible, omisión del empleador al dejar librado al trabajador la elección de una forma no segura de funcionamiento de la máquina.

**5) Reconocimiento del derecho de reparación integral con base en el
derecho civil por las enfermedades no previstas en el listado de la
LRT**

Paradigmático de esta problemática es el caso “**Silva Facundo Jesús c/ UNILEVER de Argentina**” CSJN S. 1789. XL. RECURSO DE HECHO, 2007 ; en el cual la patología diagnosticada en la que se basaba la demanda (cuadro respiratorio crónico) no se encontraba enunciada en ese listado, por lo que la Sala 8 de la Cámara determinó que no existía responsabilidad para su reparación.

La Corte, fundada en la existencia de pruebas respecto al aire viciado en el ambiente laboral, revocó el fallo de Cámara y expresó que existe obligación de la ART de indemnizar Enfermedades no incluidas en el listado de enfermedades, tanto frente a reclamos fundados en la Ley de Riesgos como en el Derecho Civil.

En el voto mayoritario de cuatro jueces, la Corte consideró que la sentencia apelada, era arbitraria, por cuanto había juzgado la situación a la luz del artículo 6 de la ley de riesgos que impedía la reparación de enfermedades no comprendidas en el listado, sin advertir la Cámara que la acción se había fundado en el derecho civil, con lo cual, según la Corte, era incongruente aplicar una limitación prevista en la ley de riesgos a una acción fundada en otro régimen legal.

En este voto de la mayoría de la Corte subyace la tesis de que el sistema de la ley 24.557 en materia de enfermedades profesionales no sería tan cerrado como parece, porque solamente vedaría la reparación de enfermedades ajenas a la lista por la vía de la ley especial, pero no obstaría a la admisión de reclamos fundados en el derecho común, siempre y cuando, por supuesto, concurren todos los presupuestos de responsabilidad de la ley civil.

6) La eventual y posible responsabilidad civil de las ART

En el caso **"Torrillo Atilio Amadeo y otro c. Gulf Oil Argentina S.A. y otro"** del 31.03.09, en el cual el voto mayoritario de la Corte sienta la doctrina definitiva por la cual las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo (ART) deben responder civilmente por los daños que sufre un trabajador a raíz de una enfermedad o accidente laboral, siempre que se demuestre la existencia de un nexo de causalidad entre el daño en la persona y la omisión o deficiencia en el cumplimiento por parte de la ART de sus deberes legales en materia de prevención y seguridad en el trabajo.

La Corte concluyó que ***“no existe razón alguna para poner a una ART al margen del régimen de responsabilidad previsto por el Código Civil, por los daños a la persona de un trabajador derivados de un accidente o***

enfermedad laboral, en el caso en que se demuestren los presupuestos de aquél, que incluyen tanto el acto ilícito y la imputación, cuanto el nexo causal adecuado (excluyente o no) entre dichos daños y la omisión o el cumplimiento deficiente, por parte de la primera, de sus deberes legales". Idéntica postura adopta en el fallo **"Naval, Patricia E. por sí y por sus hijos menores c/ Odipa SRL y otro."** En los considerandos expresa: *"...la regla jurídica del régimen especial que se invocó -Artículo 4 de la LRT- constituye, precisamente, la que enuncia el marco general de las obligaciones legales de prevención y control que pesan sobre la aseguradora y, por ende, puede válidamente integrar el basamento jurídico de una pretensión fundada el Artículo 1074 del Código Civil, tal como esta Corte ya lo expresó en "Torrillo" (Fallos: 332:709)."*

7) La inconstitucionalidad de la competencia especial y federal fijada en los artículos 21 y 46 de la LRT

La Corte en el caso **"Castillo Angel Santos c/ Cerámica Alberdi"** determinó que *"...no es constitucionalmente aceptable que la Nación pueda, al reglamentar materias que son como principio propias del derecho común, ejercer una potestad distinta de la que específicamente le confiere el citado art. 75, inc. 12. Lo contrario implicaría tanto como reconocer que las pautas limitativas que fija la Constitución Nacional cuando se trata de derecho común, referentes a la no alteración de las jurisdicciones locales y a la aplicación de esas leyes por los tribunales de provincias si las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones, pueden ser obviadas por la sola voluntad del legislador."*

"La Ley de Riesgos del Trabajo, de tal manera, ha producido dos consecuencias incompatibles con la Constitución Nacional: impedir que la justicia provincial cumpla la misión que le es propia, y desnaturalizar la del juez federal al convertirlo en magistrado "de fuero común."

La Corte reiteró ese criterio en otros casos similares: **"Venialgo c/ Mapfre Aconcagua"** y **"Marchetti c/ La Caja ART"**.

8) Inconstitucionalidad de los topes indemnizatorios fijados por la LRT

En el caso “**Ascua Luis Ricardo c/ Somisa SA**” 10/08/2010 CSJN, se determina la eliminación de los topes máximos previstos para las indemnizaciones debidas al trabajador. (agosto de 2010). La CSJN declaró la inconstitucionalidad del artículo 8º de la ley 9688 reformada por la ley 23.643, que fijaba como tope máximo de la indemnización tarifada por accidente o enfermedad del trabajo "...al importe equivalente que resulte de computar veinte (20) años de salario mínimo vital y móvil vigente al tiempo de la determinación de la indemnización". Si bien la norma no está vigente, ya que desde el 1º de junio de 1996 y a la fecha rige la Ley de Riesgos del Trabajo 24.557, los considerandos del precedente "Ascua" tienen una repercusión relevante sobre la aplicación de los topes indemnizatorios en las leyes de accidentes del trabajo, que también están establecidos en ley actual a los infortunios laborales cuya primera manifestación invalidante se produjera con anterioridad al 06/11/2009, en base a lo dispuesto por el art. 16 del Decreto 1694/2009

(Decreto que eliminó los topes reglados en la ley 24.557).

9) Cuestionamiento a la obligatoriedad de intervención de las comisiones médicas previo al reclamo judicial

En “**Obregón, Francisco Víctor c. Liberty ART**” 17/4/12 CSJN, el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, al rechazar el recurso extraordinario local de inconstitucionalidad de ley, dejó firme la decisión que rechazó el planteo de inconstitucionalidad del art. 46.1 de la Ley de Riesgos del Trabajo 24.557. Contra ese pronunciamiento, el reclamante interpuso recurso extraordinario. La Corte Suprema de Justicia de la Nación dejó sin efecto el fallo. Entendió que era arbitraria la sentencia que declaró inadmisibile el remedio procesal interpuesto ante el rechazo del planteo de inconstitucionalidad del art. 46.1 de la LRT 24.557 por falta de impugnación, refirió a fundamentos atinentes a otros reclamos sin guardar relación alguna

con el planteo indemnizatorio incoado y, en esos términos, implicó una inequívoca desatención de la doctrina constitucional afirmada por la Corte Suprema en "Castillo, Ángel —Fallos: 327:3610— en cuanto a que la habilitación de los estrados provinciales no puede quedar condicionada o supeditada al previo cumplimiento de una vía administrativa ante "organismos de orden federal", como lo son las comisiones médicas allí previstas.

10) Cuestionamiento a la supuesta obligatoriedad del uso de la Tabla de incapacidades para la determinación de grado de incapacidad.

"Carbonel Pablo Antonio C. con Ser SA" Sala X

"...no existe parámetro o baremo alguno cuya aplicación resulte obligatoria. El recurso a los baremos lo es a mero título instrumental puesto que su valor es solo indiciario..."

"Burlato, Salvador c/ Abb Medidores S.A. s/ despido", sentencia dictada el 24.09.01, del registro de la Sala IX

"los baremos son instrumentos que auxilian, tanto al perito como al juez, y las leyes laborales, en general, han incorporado en su texto determinadas tablas, de evaluación de las incapacidades. Con independencia de esas tablas existen otras estimativas, llamadas así porque tienen en cuenta porcentuales vinculados con el grado de deterioro anátomo-funcional sufrido por el obrero o empleado, pero tales tablas no obligan a los jueces y no deben aplicarse de manera absoluta y rigurosa, de modo general e indiscriminado, sino que debe hacerse en relación a cada caso particular"

"Rios, Laria de Lourdes c/ Mapfre ART. SA p/ accidente". Séptima Cámara del Trabajo de Pcia. de Mendoza. Agosto de 2010.

"Todo lo expresado, en la perspectiva de que el rol del juez es ser perito de peritos y siguiendo la doctrina sentada por nuestra Suprema Corte de Justicia de la Provincia, e incluso, según la cual el juzgador no debe "atarse" a un baremo determinado, en el caso el Decreto 659/96, sino que debe aplicar aquel que, según su mejor criterio, resuelva en forma más justa y equitativa, el grado

de incapacidad que afecta al trabajador, teniendo especialmente en consideración que no es un mero sujeto productor de bienes y servicios (Fallo “Aróstegui”, CSJN). En sentido concordante ha dicho la SCJM, en los autos N. 82.613, caratulados: “Asociart ART SA en j: 10.645, Castillo Claudio c/ Asociart ART SA p/ Acc. / Rec. Cas.” En lo referido a la no obligatoriedad de seguir el baremo del Decreto 659/96: “...el grado de incapacidad derivado de dichas patologías, que ha sido objeto de controversia, puede ser fijado en base a cualquiera de los baremos existentes, no siendo obligación legal ni para los peritos, ni para el Tribunal, aplicar la Tabla de Evaluaciones de la Incapacidades Laborales que establece el art. 8 de la LRT y que la normativa está dirigida exclusivamente a las Comisiones Médicas que obran en sede administrativa”

“Puzzi, María Ester c/ Mapfre Argentina ART S.A s/accidente –ley especial”, del 25/10/11, Sala IV CNAT.

“los baremos que cuantifican incapacidades no constituyen una regla rígida - que deba aplicarse mediante simples operaciones aritméticas- sino sólo una guía para estimar la disminución que ocasiona un cierto padecimiento en cada caso particular”

“Irrazabal, María Fernanda Elisabet c/ Provincia ART S.A. s/ accidente ley especial” -juzgado n° 49- 30.08.2013

“...la jurisprudencia ha sostenido que los baremos que cuantifican incapacidades no constituyen una regla rígida sino sólo una guía para estimar la disminución que ocasiona cierto padecimiento en cada caso en particular” citado del fallo de la Sala IV, “Puzzi, María Ester c/Mapfre Argentina ART SA s/ Accidente- Ley especial” –doctrina que comparto, y por la cual otorgo el 30% de incapacidad según el baremo Altube-Rinaldi Ed. – 2008, siempre en protección del sujeto de tutela preferente que nuestro sistema normativo realiza por los argumentos ya esgrimidos.

MODIFICACIONES IMPORTANTES AL RÉGIMEN DE RIESGOS DEL TRABAJO

Sin duda la modificación más sustancial ha sido la reciente ley 26773

De la cual se efectuará un análisis más pormenorizado.

Previo a esta ley, las modificaciones más significativas de la ley 24557, se produjeron por vía de decretos, como el decreto 1278/2000, que como ya se ha descripto, flexibilizó el mecanismo de reconocimiento de enfermedades no listadas, a través de un procedimiento por cierto algo engorroso y burocrático, pero al menos administrativamente posible, que no preveía la ley original.

También ajustó y elevó los montos tanto de los pagos en renta como de los pagos únicos de las indemnizaciones.

El otro decreto que transformó sustantivamente el régimen de riesgos del trabajo ha sido el Decreto 1694/2009, el cual en sus puntos más importantes produjo:

Incremento de los montos de las Prestaciones Dinerarias en más de un 100% de las que estaban vigentes, por ejemplo estimaba una compensación de pago único de 120.000 pesos para fallecimiento, en casos que previo al decreto recibía 50.000.

También se suprimieron los topes indemnizatorios, por ejemplo para una incapacidad mayor al 50% y menor al 66% el cálculo de indemnización tenía un tope de \$ 180000 y con éste decreto se elimina el tope y el monto de \$180.000 pasó a ser un piso.

En la GRAN INVALIDEZ: Se fijó abonar al damnificado la suma de \$ 2.000 como prestación adicional de pago mensual.

Y se determinó que las prestaciones dinerarias por ILT o

Permanente Provisoria, se calcularán, liquidarán y ajustarán según lo establecido en el Artículo. 208 de la Ley de Contrato de Trabajo.

También el decreto instó a que “se adoptarán medidas necesarias para impulsar la creación de de entidades sin fines de lucro, de seguros mutuos, que podrán operar dentro del Sistema de Riesgos del Trabajo.”

**LAS RECIENTES MODIFICACIONES DEL RÉGIMEN DE RIESGOS DEL
TRABAJO. Ley 26.773 y el decreto 472/14**

Ley 26.773

El 26/10/2012 fue publicada en el boletín oficial la Ley N° 26.773 cuyo título es:

"Régimen de Ordenamiento de la reparación de los daños derivados de los accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales", modificatoria de la Ley N° 24.557.

Las principales disposiciones de esta Ley son:

Derogación del art. 39, LRT. En su art 17 de la ley deroga los artículos 19, 24 y los incisos 1°, 2° y 3° del artículo 39 de la ley 24.557, el cual eximía al empleador de toda responsabilidad civil frente al trabajador y sus derechohabientes.

- **Eliminación de pago en rentas y cambio por pago único**
- **Aumento de las prestaciones dinerarias. Actualización de los montos, ajuste periódico por el RIPTE (índice en base a promedio de remuneraciones de CCT).**
- **El cálculo del premio** se efectuará tomando como base el monto total de las remuneraciones y conceptos no remunerativos que declare mensualmente el Empleador.
- **Establece un adicional de pago único equivalente al 20% de la indemnización dineraria prevista en el régimen de Riesgos del Trabajo** para los casos en que el daño se produzca en el lugar de Trabajo o mientras el Trabajador se encuentre a disposición del Empleador.

Esta indemnización se otorgará como compensación por cualquier otro daño no reparado por las fórmulas previstas en la ley (por ejemplo daño moral o psicológico, etc.) y en caso de incapacidad total o fallecimiento no podrá ser inferior a \$70.000.

- **Opción excluyente:**

El art. 4 de la nueva ley establece la competencia de la justicia nacional en lo civil (17) para entender en los reclamos fundados en los sistemas de responsabilidad contemplados en la normativa del Código Civil, siendo la Ciudad Autónoma de Buenos Aires la primera jurisdicción en aplicar la presente modificación y, en el mismo artículo, se invita a las provincias a adherir al mismo criterio.

El principio de cobro de sumas de dinero o la iniciación de una acción judicial en uno u otro sistema implicará que se ha ejercido la opción con plenos efectos sobre el evento dañoso. Las acciones judiciales con fundamento en otros sistemas de responsabilidad solo podrán iniciarse una vez recibida la notificación fehaciente prevista en este artículo. La prescripción se computará a partir del día siguiente a la fecha de recepción de esa notificación

El art 5° aclara que no toda percepción de prestaciones en dinero, como las imputables a sustitución de salarios en la incapacidad laboral temporaria o a la complementaria por Gran invalidez, implica interpretar que se ha ejercido la opción excluyente.

Una vez recibida la notificación por parte de la ART de la puesta a disposición de la indemnización dineraria, el Trabajador o sus derechohabientes podrán optar en forma excluyente por cobrar esta indemnización o iniciar una reclamación en el marco de la justicia civil. Las indemnizaciones previstas en ambos sistemas no serán acumulables.

En caso de optar por una reclamación por la vía de la responsabilidad civil, la ART depositará en el expediente el monto que le hubiera correspondido abonar con más sus intereses. Esta suma será deducida del monto de la sentencia.

- **Establece que el Empleador podrá contratar un seguro** aplicable a los reclamos que realicen los Trabajadores que opten por la vía de la responsabilidad civil.
- **Limita los honorarios de abogados y peritos:** en el art 17 inc 3 expresa que “se deberá considerar como monto del proceso a todos los efectos de regulaciones de honorarios e imposición de costas, la

diferencia entre el capital de condena y aquel que hubiera percibido el trabajador —tanto en dinero como en especie— como consecuencia del régimen de reparación contenido en esta ley, no siendo admisible el pacto de cuota litis.”

Junto a la Ley 26.773 fue dictado el Decreto PEN 1720/12 que regula la creación de las ART-mutuales, a través de CCT.

Decreto 472/2014

El decreto 472/2014, publicado en el Boletín Oficial el 11/04/2014

En él se resalta que se suprime el periodo de Incapacidad Laboral Permanente Provisoria y amplía la etapa de incapacidad Laboral Temporaria hasta que haya certeza de la disminución de capacidad laborativa, lo cual implica una mejora de las prestaciones dinerarias, en los aspectos temporales y cualitativos.

Siguiendo el principio general de las indemnizaciones, éstas se deben efectivizar bajo la modalidad de pago único.

Tanto para los casos de incapacidad laboral parcial permanente como en la total y la muerte, se establece este pago único y el cálculo del monto debe seguir las pautas de la ley 24557, con los ajustes determinados por la ley 26773 y los pisos establecidos por el decreto 1694/2009.

El artículo 17.1 deroga las normas consagratorias del pago en renta cuando señala: Deróganse los artículos 19, 24 y los incisos 1), 2) y 3) del artículo 39 de la ley 24.557 y sus modificatorias. Las prestaciones indemnizatorias dinerarias de renta periódica, previstas en la citada norma, quedan transformadas en prestaciones indemnizatorias dinerarias de pago único, con excepción de las prestaciones en ejecución.

A su vez el artículo 2º de la ley 26773 establece que el principio general indemnizatorio es el del pago único; derogándose hacia el futuro el pago en forma de renta de las indemnizaciones de las incapacidades superiores al 50% y la muerte.

“Todas las indemnizaciones regidas por la ley 26773 serán pagaderas en forma única y completa a partir de los plazos fijados en el artículo 4º, es decir dentro de los quince días de haberse determinado u homologado la indemnización.”

Para la prestación adicional por gran invalidez, se continúa con su pago en forma mensual.

Prolongación del período de incapacidad laboral temporaria:

En los casos en que el daño sufrido por el trabajador le impida la realización de sus tareas habituales más allá del plazo máximo previsto en el artículo 7º, apartado 2, inciso c) de la Ley N° 24.557, y no haya certeza del grado de disminución de la capacidad laborativa del mismo, la Aseguradora solicitará a los organismos competentes el otorgamiento de un nuevo período transitorio de hasta un máximo de DOCE (12) meses. El obligado al pago deberá abonar una prestación dineraria de cuantía y condiciones iguales a la que efectivizaba en concepto de Incapacidad Laboral Temporaria. Durante esta última etapa, el trabajador no devengará remuneraciones de su empleador.

Indemnización adicional de pago único por cualquier otro daño no reparado

También establece un pago de indemnización adicional de pago único en los casos de incapacidad laboral permanente o muerte del damnificado.

El artículo 3º de la ley 26773 establece que: el damnificado (trabajador víctima o sus derechohabientes) percibirá junto a las indemnizaciones dinerarias previstas en este régimen, una indemnización adicional de pago único en compensación por cualquier otro daño no reparado por las fórmulas allí previstas, equivalente al veinte por ciento (20%) de esa suma. En caso de muerte o incapacidad total, esta indemnización adicional nunca será inferior a pesos setenta mil (\$ 70.000).

Reglamentación de los plazos de pago y términos para el ejercicio de la opción

El decreto reglamentario 414/72 del artículo 4º de la ley 26773 ha intentando salvar estas anomalías al establecer:

“El plazo de quince (15) días previsto legalmente para los obligados al pago de la reparación dineraria se deberá considerar en días corridos. En caso de fallecimiento del trabajador, dicho plazo se contará desde la acreditación del carácter de derecho habiente.”

**CUADRO COMPARATIVO DEL RÉGIMEN DE RIESGOS DEL
TRABAJO ANTES Y DESPUÉS DE LA ÚLTIMA REFORMA**

LEY 24.557	LEY 26.773
Exime responsabilidad civil al empleador (art 39). Declarado inconstitucional por jurisprudencia (Casos “Aquino”, “Díaz” y otros)	Deroga artículo 39 de la ley 24.557
No preveía opción. La jurisprudencia habilitó el reclamo sistémico y extra sistémico (civil) (Casos “LLosco”, “Cachambi”)	Opción excluyente con renuncia El Trabajador o sus derechohabientes podrán optar en forma excluyente por cobrar la indemnización determinada por la ART o iniciar una reclamación en el marco de la justicia civil. Las indemnizaciones previstas en ambos sistemas no serán acumulables.
Competencia de la Justicia Federal. La jurisprudencia estableció la competencia de la justicia laboral. (Casos “Castillo”, “Venialgo” y “Marchetti”)	Competencia Civil

**Evaluación de los Aspectos Médico Legales de la Ley de Riesgos del Trabajo
con sus Recientes Modificaciones**

Prestaciones dinerarias bajas y con topes Modificadas por fallos jurisprudenciales, declaradas inconstitucionales. (Casos “Ascua y posteriores”) En parte modificadas por el decreto 1694/2009	Aumento de las prestaciones dinerarias. Actualización de los montos, ajuste periódico por el RIPTE (índice en base a promedio de remuneraciones de CCT).
Indemnización sin adicionales	Establece un adicional de pago único equivalente al 20% de la indemnización dineraria prevista en el régimen de Riesgos del Trabajo para los casos en que el daño se produzca en el lugar de Trabajo o mientras el Trabajador se encuentre a disposición del Empleador. (No incluiría al accidente in itinere)
La Incapacidad laboral permanente total y muerte se indemniza con renta mensual. Declarado inconstitucional por jurisprudencia (Casos “Milone”, “Suarez Guimbard”)	Eliminación de pago en rentas y cambio por pago único

**Evaluación de los Aspectos Médico Legales de la Ley de Riesgos del Trabajo
con sus Recientes Modificaciones**

Establece una incapacidad laboral permanente provisoria	Elimina la incapacidad laboral permanente provisoria.
Plazo máximo de incapacidad laboral temporaria: doce meses	Si no se puede determinar el grado de incapacidad del damnificado, cumplido los doce meses, la ART debe solicitar el otorgamiento de un nuevo período transitorio de hasta un máximo de DOCE (12) meses
No establece regulaciones respecto a honorarios y costas	Establece regulaciones respecto a honorarios y costas
Obligatoriedad de trámite ante las Comisiones médicas (desestimado por el fallo “Obregón”).	Mantiene la misma disposición que la ley 24.557 respecto a las Comisiones Médicas.
Obligatoriedad de uso de las tablas de los decretos 658/96 y 659/96. Desestimada la obligatoriedad de su aplicación en causas judiciales, por múltiples fallos de 1° y 2° instancia obligatoriedad	Obligatoriedad de uso de las tablas de los decretos 658/96 y 659/96 en pos de “garantizar el trato igualitario de los damnificados”

**Evaluación de los Aspectos Médico Legales de la Ley de Riesgos del Trabajo
con sus Recientes Modificaciones**

No contemplaba la existencia de ART- Mutuas, luego agregadas por el decreto 1.720/2012	Contempla la existencia de ART- Mutuas
No prevé la posibilidad de aseguramiento del empleador ante reclamos vía civil. (luego agregado por el decreto 1.694/2009, para responsabilidad civil	Habilita la posibilidad de aseguramiento complementario al empleador, aplicable a otros sistemas de responsabilidad.

ASPECTOS POSITIVOS DE LA LEY 26.773 Y DEL DECRETO 472/2014

Derogación del artículo 39.1 de la ley 24.557 (ya estaba virtualmente derogado por la jurisprudencia que lo declaró inconstitucional).

Eliminación de pago en rentas y cambio por pago único (También la jurisprudencia ya había determinado que principio general de las indemnizaciones, éstas se deben efectivizar bajo la modalidad de pago único.

Reparación del daño: aumento de las indemnizaciones dinerarias tarifadas.

Ajuste periódico por el RIPTE (índice en base a promedio de remuneraciones de CCT)

Indemnización adicional del 20% por daños no reparados por la fórmula (una especie de reconocimiento del daño moral).

Pagos en corto plazo. En principio la ley prevé que una vez determinada la incapacidad o a posteriori del fallecimiento del trabajador por contingencias laborales, en un plazo de 15 días debe procederse al pago.

CRITICAS A LAS REFORMAS DE LA LEY 26.773

Numerosos juristas y doctrinarios del derecho laboral como los Dres. Schick, Rodriguez Mancini, Tonelli, Ackerman y otros, han presentado críticas a la actual reforma del sistema.

Resaltan que la Corte Suprema había desmantelando un sistema “cerrado” reconociendo derechos constitucionales inicialmente negados. Con lo cual regía un nuevo sistema conformado por la Ley de Riesgos del Trabajo mas el Decreto Necesidad y Urgencia 1278/2000 más Jurisprudencia Corte y Tribunales inferiores más el Decreto 1694/09 sumado a su Interpretación dinámica y que la nueva ley, pretende desoír la vasta jurisprudencia que constitucionalizó el “deber de no dañar” (*alterum non laedere*) del patrón y el sistema de riesgos del trabajo ante el trabajador.

Consideran regresiva la reinstalación de la opción civil excluyente con renuncia.

La opción excluyente con renuncia implica que si el trabajador percibe las indemnizaciones por incapacidad permanente del régimen tarifado, se ve privado de accionar por los mayores daños que le correspondan por el derecho civil y que no se hayan incluidos en la primera.

Por lo expuesto opinan que se trata de un retroceso altamente gravoso para las víctimas, dado que impide al trabajador percibir la reparación tarifada y aspirar a una sentencia que reconozca el daño mayor también sufrido, es decir a una reparación justa que se le reconoce a los demás dañados del ordenamiento jurídico (por ej. Accidentes de tránsito, mala praxis médica, etc).

La obligación de optar, pone al trabajador en la situación de decidir, en un breve lapso, el cobrar lo dictaminado por la ART o si no está de acuerdo, ejercer la vía judicial sin cobrar nada hasta la sentencia. Todo ello, en el contexto de su estado de necesidad generado por las secuelas del accidente sufrido.

Destacan que para que la reparación sea justa debe reparar todos los daños y no sólo los provenientes de la actividad laborativa.

Se debe tener en cuenta que el trabajador goza exclusivamente de su fuerza de trabajo para obtener su sustento de modo que la incapacidad psicofísica tiene aun mayor relevancia que para otros dañados, una incapacidad del 30% significa quizá una segregación total del mercado del trabajo.

Esta situación ya había sido resuelta por la CSJN en los fallos “Aquino” y “Llosco”, en el sentido de que todos los habitantes sometidos a un daño injustamente sufrido, incluido los trabajadores, tienen derecho a una indemnización integral que, para que sea justa, debe cubrir todos los perjuicios, no pudiendo quedar ningún daño sin su adecuada reparación.

A su vez, el someter al trabajador a optar bajo estado de necesidad, lo puede llevar a aceptar acuerdos lesivos, acentuando su natural situación de debilidad frente a los demás actores de la relación laboral, que el derecho laboral trata de remediar.

Precisamente los acuerdos basados en situaciones de necesidad y desigualdad entre las partes, pueden ser anulables como lo prevé el art 954 del CC

“Art. 954. Podrán anularse los actos viciados de error, dolo, violencia, intimidación o simulación.

También podrá demandarse la nulidad o la modificación de los actos jurídicos cuando una de las partes explotando la necesidad, ligereza o inexperiencia de la otra, obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación.

Se presume, salvo prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones.”

El Dr. Schick afirma que la situación descripta implica una nueva discriminación social que priva al trabajador del derecho de acceder en forma directa a la justicia para reclamar la reparación integral del daño inferido

La indemnización tarifada solo cubre una porción del daño. Pero hay otros daños que quedarían impunes.

Se impone al damnificado una espera inexistente en la actualidad, de modo tal que sólo podrá promover una acción judicial, una vez notificado por los cuestionados órganos administrativos del sistema de la propuesta indemnizatoria del régimen especial. Se induce al damnificado a cobrar el ofrecimiento de la aseguradora sin un conocimiento pleno de esa percepción determina la pérdida del derecho a un resarcimiento integral y violenta su derecho al acceso inmediato a la justicia.

El Colegio Público de Abogados a través de su presidente Dr. Jorge Rizzo, presentó una Acción Declarativa de Inconstitucionalidad. Solicita cautelar previa: Declaración de Inaplicabilidad arts. 3º, 4º, 6º y 17 inc. 2 y 3 Ley nº 26.773. (Fue rechazado en primera instancia, debido a que el planteo de inconstitucionalidad no se refiere a caso concreto, pero no se ha rechazado el fono de la cuestión).

Respecto a este punto manifiesta: *“La actual reforma no sólo ha ignorado que la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que la obligación de recurrir a las Comisiones Médicas es inconstitucional y pueden ser evitadas por el trabajador – fallo “Obregón”, del 17 de abril de 2012 - sino que, además, crea un procedimiento que torna obligatorio para la víctima recurrir a estas Comisiones Médicas, a fin que la ART notifique al interesado los importes que le correspondería percibir, como paso previo e ineludible al inicio de la acción judicial.”*

En esta misma tesitura, expresa el doctrinario Dr. Jorge Rodriguez Mancini:

La cuestión fue discutida y resuelta por la Corte Suprema de Justicia a partir de “Aquino” y en los fallos “Llosco” y “Cachambí”, ambos del 12/6/2007.

Simplemente para recordarlo, menciono que en estos fallos se fijó la libertad de elección por parte del trabajador de la vía de su reclamo, manteniéndose la posibilidad de elegir alguno de ellos o de mantener la de los dos. El sometimiento a un régimen jurídico no implica, en el caso del accidente o enfermedad del trabajo, la renuncia a otros mecanismos de reparación si estima la víctima o sus derechohabientes que no se ha obtenido con el primero la reparación integral del daño. Lo que obtuvo de uno de los sistemas no le impide reclamar por el otro si ha quedado insatisfecha la obligación. Es preciso

reiterar aquí lo que ya destaqué, la condición de insuficiencia, para que sea admitida la acumulación de acciones. No es admisible, pues, según la doctrina del Tribunal Federal Supremo, que se obligue a la víctima o sus derechohabientes, a dejar de percibir lo menos para poder demandar lo más.

La opción excluyente no se puede imponer válidamente en términos constitucionales. [Rodríguez Mancini, J.(Noviembre 2012). *“La Nueva Ley de Riesgos del Trabajo”*, Suplemento Especial, Nueva Ley de Riesgos del Trabajo, Buenos Aires Editorial La Ley,]

También la nueva ley afecta la adecuada protección del trabajador, al indicar que en los juicios se debe contemplar los principios del derecho civil -al disponer en el artículo 17 inciso 2 que en el supuesto de ejercitar la acción por el resarcimiento pleno, la misma deberá dirimirse ante la Justicia Civil en el ámbito de la Capital Federal- cuando existe un derecho especial más protectivo, lo cual contradice principios de tratados internacionales con rango constitucional, que exigen progresividad en la protección de derechos de los trabajadores y en la existencia de un derecho especial para tal fin.

La ley acentúa, la desprotección de los damnificados ignorando el principio protectorio del art. 14 bis

El Dr. Schick afirma:

Sólo una justicia especializada, ofrece garantías de objetividad e idoneidad, que no brindan los jueces que no están preparados para ello.

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

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

Mientras en el derecho procesal civil rige el principio de igualdad de las partes, en el derecho procesal del trabajo como expresión del principio protectorio, rige la igualdad compensada por otra desigualdad. De no cumplirse

estas premisas el proceso implicará el desbaratamiento de los derechos que la legislación de fondo consagra

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

[Schick, H. *“Proyecto de reforma a la Ley sobre Riesgos del Trabajo y Decreto del PEN 1720/12. Análisis crítico Un viraje regresivo en materia de daños laborales: volviendo a 1915 y 1991. Un nuevo actor en la gestión del sistema”*. elDial.com - DC196F Publicado el 10/5/2012 Copyright 2012 - elDial.com - editorial albrematica - Tucumán 1440 (1050) - Ciudad Autónoma de Buenos Aires – Argentina el dial]

Con respecto al pago de indemnización adicional, existe una controversia si éste corresponde en caso de accidente in itinere. Estaría en principio excluido el accidente in itinere y otras circunstancias relacionadas al trabajo, pues el art. 3° menciona que corresponde en casos en los que *“...el daño se produzca en el lugar de trabajo o lo sufra el dependiente mientras se encuentre a disposición del empleador...”*, pero doctrinarios y juristas como Ahuad y Grisolia aclaran que toda la teoría de la reparación del accidente in itinere se basa en la tesis de sostener que si bien el trayecto no es jornada de trabajo, es un tiempo en el cual el trabajador no está en uso de su tiempo libre. También todas las normas que rigen la no discriminación en materia laboral, por lo que cualquier norma que establezca un trato diferenciado entre la víctima de un accidente in itinere y cualquier otra contingencia cubierta, no superaría el test de constitucionalidad. [Grisolia J. A., Ahuad E. (2014). *“Riesgos del Trabajo”*. (1° edición. pág 153- 154) CABA. Editorial Estudio].

Otro punto de crítica representa el artículo 9º, que dice: *“Para garantizar el trato igual a los damnificados cubiertos por el presente régimen, los órganos administrativos y los tribunales competentes deberán ajustar sus informes, dictámenes y pronunciamientos al listado de enfermedades profesionales previsto como Anexo I del Decreto N° 658/96 y a la Tabla de Evaluación de incapacidades previsto como Anexo I del Decreto N° 696/96 y sus modificatorias.”*

Ello conlleva una abierta afectación de la capacidad autónoma de los jueces de determinar las incapacidades, como reconocer las enfermedades más allá de lo establecido por el listado y baremos oficiales, criterio que ya fuera cuestionado en numerosos fallos jurisprudenciales.

Los Dres. Ahuad Ernesto y Grisolia Julio expresan:

“En forma pacífica y reiterada la jurisprudencia tiene dicho que los baremos son tablas que relacionan –en abstracto- distintas enfermedades con la disminución de la capacidad laborativa genérica estimada, frente a una dolencia determinada y la incapacidad posible; pero su carácter es meramente estimativo e informativo, ya que diferentes tablas pueden determinar incapacidades distintas para una misma dolencia, según los parámetros que utilice quien la diseñó. Es el baremo el que debe adaptarse a cada caso (utilizando el magistrado el que considere más conveniente según el caso concreto), y no al revés (imponerse al juez la aplicación obligada de un baremo determinado). Por lo tanto, ante la posibilidad de que el baremo no sea adecuado en un caso particular, el juez –haciendo uso de la crítica concreta y la fundamentación científica- puede apartarse del baremo sistémico señalando a partir de la argumentación lógica, por qué el porcentual de incapacidad acordado por el mismo, es inadecuado a los padecimientos del trabajador. En suma, todo baremo es una pauta indicativa más para estimar la incapacidad laborativa que aqueja a una persona determinada a causa de una afección en un caso concreto.

Como ha dicho recientemente la jurisprudencia, el recurso de los baremos lo es a mero título instrumental, toda vez que su valor es indiciario, es el

magistrado el que decide si determinando baremo se adapta al caso y también quien opta –de ser necesario- por apartarse de los mismos y utilizar otro en atención a las particularidades de cada caso y siempre con base objetivas (estado general del paciente, profesión, edad, sexo, situación familiar, etc.).

Ante una eventual evidente inequidad, no la cabe al juez más que aplicar el baremo o criterio que sea el más justo, más allá del lineamiento general de la norma -que como toda norma no ha de proveer, en última instancia, un resultado inaceptable en su aplicación al caso concreto-.”

“...las enfermedades que padece el trabajador son múltiples, e incluso existen muchas que aun no han sido incorporadas por lo que intentar imponer al magistrado la aplicación obligada de un baremo, cuando deberá aplicar –necesariamente- otro distinto cuando se trate de enfermedades no listadas, implica un trato desigual mayor que aquél que la norma bajo análisis pretende impedir o limitar.” [Grisolia J. A., Ahuad E. (2014). *“Riesgos del Trabajo”*. (1° edición, págs. 53 - 54.) CABA. Editorial Estudio].

Cabe consignar, que quienes auxilian al juez en la valoración de la incapacidad y la utilización de los baremos, son los peritos médicos designados, de cuyas conclusiones, el juez con el uso de la sana crítica estimará atinadas o no.

Otro tópico criticado es aquel en que la ley fija la forma de regulación de honorarios de los abogados y las costas (con ello también interviene en la regulación de los honorarios de peritos).

Artículo 17 inciso 3 En las acciones judiciales previstas en el artículo 4 último párrafo de la presente ley, resultará de aplicación lo dispuesto por el artículo 277 de la ley 20744. Asimismo, se deberá considerar como monto del proceso a todos los efectos de regulaciones de honorarios e imposición de costas, la diferencia entre el capital de condena y aquel que hubiera percibido el trabajador -tanto en dinero como en especie- como consecuencia del régimen de reparación contenido en esta ley, no siendo admisible el pacto de cuota litis.

Se regulan honorarios de los abogados descontando como monto regulatorio en la acción civil los rubros tarifados y las prestaciones dinerarias y en especie no reclamadas. La mayoría de la doctrina considera que esta determinación no soporta ningún test de constitucionalidad.

El colegio público de abogados en la acción declarativa, oportunamente citada expresa:

“Es inadmisble que se tome como base para regular los honorarios de los abogados en la acción civil, la diferencia que pueda llegar a existir entre el monto de la condena en esta acción y la indemnización que le hubiera correspondido de acuerdo a la LRT Esta insostenible restricción pretende desconocer el carácter alimentario de los honorarios profesionales, que constituyen los frutos civiles del ejercicio de la profesión y son el medio por el cual los abogados satisfacen sus necesidades económicas, constituyéndose en los emolumentos debidos al profesional en razón de servicios prestados por la actividad que es su medio habitual de vida.”

Con respecto a la inhibición de realizar pactos de cuota litis, reclama: *“...tratándose de derecho laboral, se impone reconocer que en la mayoría de los casos la opción de firmar un pacto de cuota litis es la única posibilidad de acceder al asesoramiento y asistencia letrada, toda vez que, ante la imposibilidad de hacer frente a los gastos que implica el inicio de una demanda judicial, pactar con el profesional un porcentaje sobre el éxito de la gestión le garantiza la posibilidad de acceder a la instancia judicial con patrocinio profesional, a la par que resguarda la justa retribución del abogado por la tarea realizada.*

La imposibilidad de acceder a pactar con el abogado sus honorarios tiene como único fin desalentar el reclamo judicial, colocando al empleado en la necesidad de aceptar un acuerdo administrativo, cercenando su legítimo derecho de acceso a la justicia.”

En relación a la posibilidad de creación de Art mutuales, la ley fija:

Las asociaciones profesionales de empleadores y las asociaciones sindicales de trabajadores con personería gremial también podrán impulsar, por

razones de solidaridad sectorial, de manera independiente y cualquiera sea su grado de agrupación, la constitución de una ART-MUTUAL como entidad de derecho privado sin fines de lucro.

Las observaciones que plantea el Dr. Schick son:

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

En relación a la intervención de los Sindicato en la Administración de una ART, aun cuando no tuviese fines de lucro, tiene un cariz conflictivo. En efecto, la ART MUTUAL tiene la función primordial de asegurar los riesgos laborales del empleador y, normal y objetivamente, dicha Aseguradora tiene conflictos con el trabajador. ¿en qué posición definitiva se colocará el Sindicato frente a este conflicto? ¿Defenderá el interés individual del trabajador como le ordena la ley 23.551 o asumirá su condición de asegurador, lo que implícitamente lo llevará a un conflicto de intereses con su afiliado, el que a su vez -en muchas ocasiones- lo consulta frente a la ocurrencia de un siniestro?

Existe un conflicto de intereses y confusión de roles, que sin dudas afectará a los damnificados y acumulará más confusión al ya harto complejo régimen de riesgos del trabajo.” [Schick, Horacio. “Proyecto de reforma a la Ley sobre Riesgos del Trabajo y Decreto del PEN 1720/12. Análisis crítico Un viraje regresivo en materia de daños laborales: volviendo a 1915 y 1991. Un nuevo actor en la gestión del sistema”. elDial.com - DC196F Publicado el 10/5/2012 Copyright 2012 - elDial.com - editorial albreumatica - Tucumán 1440 (1050) - Ciudad Autónoma de Buenos Aires – Argentina el dial].

JURISPRUDENCIA RECIENTE SOBRE LA NUEVA LEY

1) Rechazo de la competencia civil para reclamos por contingencias previas a la vigencia de la ley 26.773

“Virgilli Darío E. c/ Federación Patronal Seguros SA s/ accidente-acción civil” Dictamen del Fiscal General del Trabajo ante la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, que determina la competencia de la Justicia del

Trabajo para entender en los accidentes y enfermedades del trabajo iniciados con posterioridad a la vigencia de la Ley 26.773, pero originados en eventos dañosos anteriores amparados en la doctrina de los fallos de la Corte Suprema Aquino, Llosco, Aróstegui, entre otros

“...Por lo tanto, si un trabajador se accidentó con anterioridad a la vigencia de la Ley 26773, debe obtener un pronunciamiento judicial que invalide el art. 39 de la Ley 24557, a la luz de la doctrina sentada en el caso “Aquino”, aunque su acción la interponga luego. La reforma no prevé una retroactividad expresa en este punto, y no sería admisible la aplicación del nuevo diseño para hechos generadores de responsabilidad que constituyen “facta pretérita”.

Tendremos, pues, una supervivencia del precedente “Aquino” y no está mal si pensamos que también implica la celebrable agonía del art. 39 de la Ley 24557.

Hago estas aclaraciones, para enfatizar algo que ya he dejado traslucir: El art. 17 inc. 2º de la Ley 26773 que asombra al establecer la competencia de la Justicia Nacional en lo Civil para los reclamos previstos en el último párrafo del art. 4, o sea los iniciados “por la vía del derecho civil”, sólo puede ser aplicable a las acciones que emergen de la derogatoria del art. 17 inc. 1, o sea, las que nacen del final esperado del art. 39 de la Ley 24557. Reitero, un trabajador accidentado antes de la vigencia de la Ley 26773 no puede interponer una acción fundada en el Derecho Civil partiendo de la premisa de que se derogó el art. 39, ya mencionado.”

“Medina Celia c/Mapfre Argentina ART SA y Otro s/ accidente-acción civil” Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. 12 de abril de 2013.

“...Cabe agregar que nuestra Corte antes de la sanción de la Ley 24557, vigente la Ley 24028 que también asignaba la competencia civil a los infortunios laborales cuyo reclamo indemnizatorio se basara en el derecho civil, determinó la competencia del fuero laboral para conocer en las causas motivadas por los mismos con base en el art. 20 de la Ley 18.345.

Así en “Competencia nº C. 219. XXXI, 5 de Noviembre de 1996 JAIMES Juan Toribio c/ Alpargatas SA” señaló que...”la atribución específica de una aptitud jurisdiccional a determinados juzgados para entender en ciertas materias, en el caso del contrato de trabajo, cabe entenderla indicativa de una especialización que el orden legal les reconoce, particularmente relevante a falta de previsiones que impongan, nítidamente, una atribución distinta; más aún, atendiendo al énfasis puesto por el actor al destacar el supuesto incumplimiento por el empleador de los deberes establecidos por la ley 19.587 y el decreto 351/79 (Art. 75 LCT), preceptos de indubitable naturaleza laboral”.

Y ya vigente también la cuestionada Ley 24557 que escamoteó la competencia de la justicia del trabajo, declaró competente al fuero laboral en los juicios por infortunios del trabajo fundados en el derecho civil. (CSJN caso “MUNILLA Gladys c/ UNITY OIL SA s/ accidente acción civil” 6.10.1998).

Consecuentemente en mérito a la doctrina del máximo tribunal y consideraciones antes citadas, corresponde fijar la competencia de la justicia nacional del trabajo para entender en la presente causa.”

2) Aplicación retroactiva de la mejora indemnizatoria del índice RIPTE para infortunios anteriores a la vigencia de la ley 26.773

“**Martín, Pablo Darío c/ Mapfre ART S.A. s/accidente**”, Cámara de Trabajo de Córdoba, Sala X, el 21/12/12, en la hipótesis del RIPTE (art.17, inc.6 de la nueva ley) y de la indemnización adicional de pago único (art.3 in fine, ib), la que a su vez remite al decisorio de su par mendocina, sala VII, in re “Godoy, Diego Maximiliano c/Mapfre Argentina, del 12/11/12”.

Otro tanto, hizo la Sala VII, de la Cámara cordobesa in re “Ludueña, Prudencia Beatriz, c/ Asociarte ART S.A., el 15/3/13”, y la misma sala el 15/4/13, in re “Granero, Francisco José c/ Consolidar ART S.A.”, así como la Sala III, de igual jurisdicción, in re “Torres, Manuel Rodolfo c/ La Segunda ART S.A.”, del 4/3/13”.

En estos precedentes, se manejó el argumento capital de que, resolver de otro modo, implicaría violar lo normado por el artículo 75 inc. 22 de la

Constitución Nacional, así como el 2.1 del PIDESC (a lo que personalmente agregaría toda la normativa nacional e internacional sobre discriminación), en la inteligencia de que se generaría una discriminación entre los propios trabajadores, quedando en mejor situación quienes se accidenten luego de la entrada en vigencia de la ley que los anteriores.

En el mismo sentido, la Justicia Nacional, el Juzgado Nacional del Trabajo N° 58, Sentencia 5.393 del 24/2/13, in re “Camargo, Roberto Adrián c/Mapfre Argentina ART SA y otro s/accidente, acción civil”, y S. D. N° 93.565

del 31.05.13, in re “Pisera, Juan Manuel c/ Euterna SA y otro s/ despido del registro de esta Sala III).

Súmase como argumento justificativo de la aplicabilidad inmediata por el carácter adjetivo, que se trata de mejoras en la situación del trabajador, por imperio del artículo 9 de la LCT y del principio de progresividad.

3) Inconstitucionalidad del Art. 4° de la ley 26773 y su complemento el art. 17 inc 2. Respecto a la competencia de justicia civil y aplicación de las normas de fondo, forma y principios del derecho civil.

Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (sentencia del 28 de junio de 2013, en los autos **“Aguirre, Carlos c. Azul S.A. de Transporte Automotor y otro s/accidente-acción civil”**, declaró la inconstitucionalidad del art. 4 de la ley 26773 y su complemento, el artículo 17 inciso 2.

El fallo se basa en el voto de la camarista doctora Diana Cañal, con la adhesión del camarista Rodríguez Brunengo

Según el tribunal, el artículo 4 y su complemento, el artículo 17, inciso 2), resultan inconstitucionales, pues al crear la acción civil prevén que sea el juez con competencia en esa materia quien atienda la cuestión, aplicando las normas de fondo, de forma y los principios del derecho civil.

La sentencia sostiene que, en el derecho del trabajo, el juez debe mirar y guiar el proceso imbuido de los principios de la especialidad, esos mismos que, por imperio de la nueva ley, no resultarían aplicables si el trabajador opta por la

acción civil. El desplazamiento del trabajador de su juez natural (el del fuero laboral) atrae hacia aquél una serie de perjuicios.

Frente al juez en lo civil –agrega el tribunal- no tendría los beneficios normativos e interpretativos de la disciplina específica, con los que sí cuentan los trabajadores cuando reclaman por otras cuestiones. Finalmente, en el proceso civil se parte de la igualdad de las partes, cuando el trabajador siempre está en peor situación, dificultando el acceso a la justicia.

La doctora Cañal enfatizó que la nueva ley de accidentes (26773) que modificó el régimen de competencia en su artículo cuarto (complementado con el artículo 17 inciso 2), “introduce escozor y desconcierto en el ámbito laboral”.

Por un lado, porque a la inversa de lo que sucedía con su predecesora, no se veda el acceso a la acción con fundamento en el derecho civil. Hoy, en cambio, la vía queda expedita creando una acción nueva de derecho común, a costa de la pérdida del juez natural: se desplaza la competencia hacia el juez civil, quien además queda obligado a aplicar el derecho de fondo y de forma de su especialidad, y a interpretar de conformidad con los principios “correspondientes al derecho civil” (art.4 in fine y 17 inciso 2).

“...cómo podría ser más beneficioso para el trabajador sacarlo del juez natural, desplazándolo hacia otro fuero en donde, además, no se aplicarán los principios del derecho del Trabajo Bueno, ciertamente no hay un justificativo en tal sentido”

“Montes Alejandro Maximiliano c/ La Zaranda S.R.L. y otros s/ despido”

Sala III Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. 24-sep-2013

“Inaplicabilidad del art. 4 de la ley 26773, en cuanto desplaza la competencia al fuero civil sin justificativo alguno en caso de que el trabajador optase por la acción de derecho común.”

“Corresponde revocar el pronunciamiento apelado pues resulta inaplicable al caso el art. 4 de la ley 26773, por cuanto desplaza la competencia al fuero civil sin justificativo alguno si el trabajador opta por la acción de derecho común, colocándolo de modo patente en peor situación, ya que de acuerdo a este escenario ni siquiera sería sometido a un proceso bajo los principios y reglas

específicos del derecho del trabajo, violando el principio pro homine y dificultando el acceso a la justicia.”

“El juez laboral debe mirar y guiar el proceso imbuido de los principios de la especialidad, los que por imperio de la nueva ley 26773 no resultarían aplicables si el trabajador optase por la acción civil, ya que en este fuero las partes se presumen iguales en todo momento, y solo cuando sobreviene un hecho que revierte la situación (fuerza mayor, lesión enorme, etc.), el juez invertirá las cargas probatorias en beneficio de la parte que ha devenido en más débil.”

“El desplazamiento del trabajador de su juez natural importa una discriminación, pues queda en peor posición quien se accidenta dentro del periodo de vigencia de la ley 26773 que quien lo sufriera antes de esta, ya que este último sujeto no solo contará con el beneficio de una pacífica jurisprudencia que le permitirá reclamar por la vía del derecho común, sino que en caso de reclamar en el marco de la antigua ley de riesgos tendrá derecho a que se le apliquen en su favor los arts. 17 inc. 6 y 3 , de la ley 26773, por su carácter adjetivo.”

“... el hecho de perder el juez natural con su especial versación implicaría invertir la regla del paradigma vigente de los Derechos Humanos Fundamentales, y que el sujeto especialmente protegido quede a merced del mercado por pura discrecionalidad estatal.

“S. G. A. c/ Los Constituyentes S.A.T. y otro”

“La Justicia Nacional del Trabajo resulta competente pues la interpretación literal de los arts. 4 y 17 inc. 2 de la ley 26773 importan un desplazamiento de la competencia en materia de acciones por el resarcimiento de daños fundadas en el derecho civil, y tomando en cuenta el diseño de la ley 24557 y las modificaciones de la ley 26773, no corresponde estar a la pauta atributiva de competencia contenida en el art. 4 de la nueva ley puesto que el régimen de opción allí previsto resulta ajeno al diseño originario del régimen de la ley 24557.”

**EL DECRETO 49/2014 CON NUEVA TABLA DE EVALUACIÓN Y
AGREGADO DE PATOLOGÍAS INCLUIDAS**

Este decreto, incorpora enfermedades profesionales al listado de enfermedades y sustituye la Tabla de evaluación de incapacidades Laborales, agregando al listado afecciones provocadas por determinadas tareas.

Las enfermedades agregadas al listado son:

“AGENTE: AUMENTO DE LA PRESION INTRAABDOMINAL

ENFERMEDADES ACTIVIDADES LABORALES QUE PUEDEN GENERAR EXPOSICION

- Hernias inguinales directas y mixtas (excluyendo las indirectas)

Tareas en cuyo desarrollo habitual se requiera carga física, dinámica o estática, con aumento de la presión intraabdominal al levantar, trasladar, mover o empujar objetos pesados.

- Hernias crurales”

“AGENTE: AUMENTO DE LA PRESION VENOSA EN MIEMBROS INFERIORES ENFERMEDADES ACTIVIDADES LABORALES QUE PUEDEN GENERAR EXPOSICION

- Várices primitivas bilaterales.

Tareas en cuyo desarrollo habitual se requiera la permanencia prolongada en posición de pie, estática y/o con movilidad reducida.”

“AGENTE: CARGA, POSICIONES FORZADAS y GESTOS REPETITIVOS DE LA COLUMNA VERTEBRAL LUMBOSACRA. ENFERMEDADES ACTIVIDADES LABORALES QUE PUEDEN GENERAR EXPOSICION

- Hernia Discal Lumbo-Sacra con o sin compromiso radicular que afecte a un solo segmento columnario.

Tareas que requieren de movimientos repetitivos y/o posiciones forzadas de la columna vertebral lumbosacra que en su desarrollo requieren levantar, trasladar, mover o empujar objetos pesados.”

Dado lo reciente de la vigencia del decreto 49/2014, hay muy escasos análisis de doctrinarios del derecho y no he hallado evaluaciones del decreto por parte de médicos legistas.

Atento a ello me permitiré realizar un breve análisis -basado en mi experiencia y práctica como médico especialista en Medicina del Trabajo- exponer dudas, observaciones, que surgen de los contenidos del decreto.

En primer lugar, las enfermedades incorporadas, redundantemente han sido rechazadas por las Comisiones Médicas alegando que las mismas se trataban de enfermedades no relacionables al trabajo, es decir inculpables sin aceptar ni siquiera algún grado de incidencia concausal del trabajo en las mismas.

Esas mismas comisiones, son las que ahora, una vez incorporadas estas enfermedades, deberán valorar el grado de incidencia y correlación de la aparición de las enfermedades mencionadas con las tareas realizadas.

No se desprende de lo expuesto, a qué circunstancias atenderán, para considerarlas enfermedades profesionales, cuando siempre han negado la relación de éstas con el trabajo.

Por cierto, estas entidades al igual que muchas otras aún no incorporadas al listado, una vez rechazadas por las Comisiones Médicas, han sido en mayor o menor medida, recurrentemente objeto de reconocimiento de reparación indemnizatoria por la justicia, atento a los dictámenes de los peritos médicos convocados por los jueces, como auxiliares de la justicia, en las causas generadas por los reclamos de los trabajadores.

Paso a analizar cada patología incorporada:

Respecto a la patología hernia inguinal y crural, el decreto aclara:

“Los valores límites de las tareas habituales en relación al peso y tiempo de ejecución durante la jornada laboral son los referidos en las Tablas 1, 2 y 3 del Anexo I de la Resolución del MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL N° 295/03. La SUPERINTENDENCIA DE RIESGOS DEL TRABAJO dictará las normas complementarias tendientes a definir los valores límites de las tareas habituales en relación al peso y tiempo de

ejecución para aquellos movimientos (traslado, empuje o arrastre de objetos pesados) no contemplados en la resolución citada.

El período durante el cual las tareas descritas deben ser ejecutadas no debe ser inferior a TRES (3) años cumplidos en forma continua o discontinua en actividades sujetas a las condiciones de exposición arriba expuestas. Cuando se demuestre que el daño se produjo durante un período en el que el empleador haya estado afiliado a más de una Aseguradora de Riesgos del Trabajo o mediante el servicio prestado a favor de sucesivos empleadores de la misma actividad, las prestaciones serán abonadas, otorgadas o contratadas con arreglo a lo definido en el artículo 47 de la Ley de Riesgos del Trabajo.

La invocación de incapacidades preexistentes al inicio del vínculo laboral deberá acreditarse mediante el examen preocupacional confeccionado con arreglo a los requisitos exigidos por la Ley de Riesgos del Trabajo y demás normas aplicables. Cuando el examen no se hubiera realizado, y se demuestre la realización de actividades habituales con sujeción a las condiciones de exposición y valores límites arriba expuestos, se presumirá la vinculación causal con el trabajo, salvo que se acredite por medio fehaciente el carácter congénito o extralaboral de la dolencia o la concurrencia de factores concausales extralaborales, que en tal caso se desagregarán.”

El decreto describe las actividades que en forma genérica son causales de exposición, pero deja a criterio de la SRT para que determine los límites de las cargas, etc, circunstancia que hasta el momento no ha ocurrido, es decir no ha diseñado la SRT una guía y directivas al respecto a pesar del tiempo transcurrido (omisión notoria, teniendo en cuenta que hay numerosa literatura científica al respecto: Manual de método NIOSH (National Institute for Occupational Safety and Health); GINSHT (Guía técnica para la manipulación manual de cargas del INSHT -Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, de España-).

En relación a la verificación de si hay o no preexistencias en el caso de las hernias, el decreto indica que si no consta en el examen preocupacional su existencia o éste no se realizó, se presume que fue provocada por el trabajo,

pero luego aclara que las comisiones podrán determinar basado en las pautas que indique la SRT (pautas que hasta el momento no determinó), si la patología tiene origen extralaboral.

En la práctica en todos estos meses de vigencia del decreto, me ha tocado evaluar no menos de diez casos de trabajadores con hernias inguinales, que fueron derivados a su correspondiente ART, en todos los casos, fueron rechazados ipso facto, aun con la presentación de copias de exámenes preocupacionales y periódicos realizados en nuestro servicio, que certificaban la inexistencia de tal patología en ellos. Los pacientes reclamaron ante las Comisiones Médicas de la SRT y luego de ser citados en un lapso no menor de 15 días para ser evaluados y recibir el dictamen de dicha evaluación en no menos de 30 días, fueron rechazados por patología inculpable. Todos ellos, fueron finalmente operados por su Obra Social, e iniciaron acciones legales contra sus respectivas ART.

Otra observación es el lapso arbitrario fijado por el decreto de tres años de antigüedad realizando determinadas tareas, no hay en el decreto ninguna referencia científica que indique el criterio utilizado para fijar este límite temporal.

En relación a las várices:

“Las tareas descriptas deben haber sido ejecutadas durante un período mínimo de TRES (3) años, cumplidos en forma continua o discontinua mediante el desempeño en la jornada habitual de la actividad definida legal o convencionalmente. El período en cuestión será proporcionalmente ajustado a las circunstancias del caso cuando el trabajador preste servicios con arreglo a regímenes de jornada reducida o a tiempo parcial, o con jornadas extraordinarias.

Las definiciones expuestas a continuación se entenderán referidas a situaciones impuestas por el desempeño de tareas en cuyo desarrollo habitual se requiera la prestación laboral en las siguientes condiciones:

Bipedestación estática: Bipedestación con deambulación nula por lo menos durante DOS (2) horas seguidas durante la jornada laboral habitual.

Bipedestación con deambulación restringida: El trabajador deambula menos de CIEN (100) metros por hora durante por lo menos TRES (3) horas seguidas durante la jornada laboral habitual.

Bipedestación con portación de cargas: Tareas en cuyo desarrollo habitual se requiera bipedestación prolongada con carga física, dinámica o estática, con aumento de la presión intraabdominal al levantar, trasladar, mover o empujar objetos pesados.

Bipedestación con exposición a carga térmica: Todos los trabajos efectuados con bipedestación prolongada en ambientes donde la temperatura y la humedad del aire sobrepasan los límites legalmente admisibles y que demandan actividad física. En tales casos se revisará la exigencia de tiempo mínimo de exposición tomando en cuenta la influencia derivada de las circunstancias concretas de carga térmica.

A los fines precedentemente indicados (bipedestación con portación de cargas y con exposición a carga térmica) se considerará pauta referencial para definir una situación de bipedestación prolongada aquella en que el trabajador deba permanecer de pie más de DOS (2) horas seguidas en su jornada laboral habitual de la actividad definida legal o convencionalmente. No obstante el límite precedentemente indicado, se considerarán por las Comisiones Médicas aquellos casos especiales en los que, aun mediando un período inferior de bipedestación, concurren condiciones de trabajo susceptibles de originar causalmente la dolencia.

Los lapsos temporales definidos precedentemente serán adecuados a las circunstancias del caso cuando el trabajador preste servicios con arreglo a regímenes de jornada reducida o a tiempo parcial.”

Surgen aquí las mismas consideraciones y observaciones que las expresadas en relación a las hernias inguinales.

Queda la duda si se trata de un defecto de redacción, el no considerar la presunción de origen laboral ante la ausencia de preexistencia en el examen preocupacional o la no realización de éste, o si dicha presunción solo rige para las hernias inguinales y crurales.

Y acerca de las hernias de disco lumbosacras:

“Los valores límites de las tareas habituales en relación al peso y tiempo de ejecución durante la jornada laboral son los referidos en las Tablas 1, 2 y 3 del Anexo I de la Resolución del MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL N° 295/03. La SUPERINTENDENCIA DE RIESGOS DEL TRABAJO dictará las normas complementarias tendientes a definir los valores límites de las tareas habituales en relación al peso y tiempo de ejecución para aquellos movimientos (traslado, empuje o arrastre de objetos pesados) no contemplados en la resolución citada.

El período durante el cual las tareas descriptas deben ser ejecutadas no debe ser inferior a TRES (3) años cumplidos en forma continua o discontinua mediante el desempeño en jornada habitual completa definida legal o convencionalmente. El período en cuestión será proporcionalmente ajustado a las circunstancias del caso cuando el trabajador preste servicios con arreglo a regímenes de jornada reducida o a tiempo parcial.

Se considerarán Gestos Repetitivos aquellos movimientos continuos y repetidos efectuados durante la jornada laboral en los que se utilizan un mismo conjunto osteo-mio-neuro-articular de la columna lumbosacra.

Las Posiciones Forzadas son aquellas en las que la columna lumbosacra deja de estar en una posición funcional para pasar a otra inadecuada que genera máximas extensiones, máximas flexiones y/o máximas rotaciones osteo-mio-neuro-articulares durante la jornada laboral.”

Aquí al menos han quedado definidos para el decreto, a qué se consideran posiciones forzadas y movimientos repetitivos.

Sigue sin determinar la SRT el tema de las cargas, como ya se ha destacado en el tema de las hernias inguinales, existiendo vasta literatura internacional al respecto: Manual de método NIOSH (National Institute for Occupational Safety and Health); GINSHT (Guía técnica para la manipulación manual de cargas del INSHT -Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, de España-).

Tampoco, en el ejercicio de mi actividad como médico especialista en Medicina del Trabajo, he visto desde la vigencia del decreto, que alguna ART acepte el tratamiento de patología discal lumbar. Todas han sido rechazadas, como lo eran antes del decreto, y derivados a la Obra Social por enfermedad inculpable.

No queda claro a qué se refiere con que sólo comprometa un segmento columnario, por un lado la columna lumbosacra es en sí un segmento columnario respecto a la totalidad de la columna. Si se entiende que sólo esté afectado un disco para ser considerada como enfermedad laboral, ello sería válido si se considerara la hernia discal como un accidente, pero si se la incorpora al listado de enfermedades y se exige la existencia de gestos repetitivos y/o posiciones forzadas, por un lapso no menor de tres años, ¿por qué razón la enfermedad es de origen laboral si afecta un disco y deja de serlo si afecta a dos o más? ¿Acaso los movimientos repetitivos y las posiciones forzadas “eligen” afectar sólo un segmento?

Tampoco se explica el basamento científico para fijar un mínimo de tres años realizando esas actividades, ¿por qué no, menos tiempo o más años de exposición?

*Por otra parte, si bien la columna lumbosacra es la más frecuentemente afectada, cierto es que la columna vertebral, funciona como un todo y con **ello**, ¿cuál fue el criterio que permitió incluir a la patología discal a nivel lumbosacro y no considerar lo mismo para la patología discal cervical ante determinadas posiciones forzadas y/o gestos repetitivos?*

En este punto también surge la duda si se trata de un defecto de redacción, el no considerar la presunción de origen laboral ante la ausencia de preexistencia en el examen preocupacional o la no realización de éste, o si dicha presunción solo rige para las hernias inguinales y crurales.

Culmina el decreto con Disposiciones comunes:

“Con relación a todas las enfermedades contempladas en este Anexo, en cada caso concreto el órgano encargado de la determinación de la incapacidad deberá establecer científicamente si las lesiones fueron provocadas por causa

directa e inmediata de la ejecución del trabajo, excluyendo la influencia de los factores atribuibles al trabajador o ajenos al trabajo. Sólo se indemnizarán los factores causales atribuibles al trabajo, determinados conforme lo anteriormente indicado. Lo expuesto precedentemente es sin perjuicio del cumplimiento pleno de las prestaciones médico-asistenciales y sustitutivas de la remuneración en el período de Incapacidad Laboral Temporal, cuando se demuestre la influencia causal de factores atribuibles al trabajo.

Asimismo, en todos los casos que contempla el presente Anexo será necesario tomar en cuenta, además de los antecedentes médico-clínicos, los estudios técnicos correspondientes al puesto y las condiciones y medio ambiente de trabajo concretos a los que estuvo expuesto el trabajador.

Las enfermedades contempladas en el presente Anexo se considerarán incorporadas al Listado a partir de la fecha de vigencia de la norma que así lo declare, y dicha nueva normativa sólo se aplicará a las contingencias cuyo hecho generador se produzca con posterioridad a la incorporación de las mismas al Listado.”

Interpretando estas consideraciones se concluiría que las comisiones médicas, al momento de determinar la incapacidad, deberán considerar qué porcentaje de incapacidad es atribuible al trabajo y qué porcentaje es de origen congénito o no relacionado con el trabajo. Es decir que no habría “indiferencia de la concausa” en los casos en que se interprete que existen factores laborales y extralaborales en el origen de las enfermedades, aunque en la práctica sí aplican la “indiferencia de la concausa laboral” para rechazar las patologías, es decir, cuando se considera que existe alguna incidencia extralaboral, se rechaza de plano no sólo el reconocimiento como enfermedad profesional sino también la atención y prestaciones en especie, a pesar de lo normado en el decreto.

Asimismo, como expresa el Dr. Carlos Facal: “Ahora bien, si se reconoce a estas patologías como EP a partir del 28-01-14, no veo cómo la ART podría seguir manteniendo el rechazo de los casos denunciados antes si cumplen los requisitos establecidos en la norma.

No podría sostenerse lógicamente que si la hernia se denunció el 29 de enero de 2014 es una EP pero que si se denunció el 27 de diciembre de 2013 no lo es. Un argumento semejante sería un disparate y nada tendría que ver con la irretroactividad de la ley, porque la norma no crea las nuevas EP, sino que –en todo caso- reconoce que estas patologías lo son y siempre lo fueron.”

(Dr. Facal Carlos J. M. “BREVE ANÁLISIS DEL DECRETO 49/2014 Y SU PROBABLE IMPACTO” <http://www.aapas.org.ar/misc/analisisdec49.pdf>).

CONCLUSIONES

La ley de Riesgos del Trabajo se propuso el cumplimiento de determinados objetivos e intentó emplear para ello, un conjunto de diversos elementos.

Los objetivos enunciados eran: la prevención, reducción de costos, compensación adecuada, promover la recalificación y la recolocación de los trabajadores damnificados; etc.

Lo expuesto implica un sistema con objetivos múltiples, pero técnicamente comprometidos entre sí. Por ejemplo, la prevención exige aumentar los costos, lo cual se opone al ahorro que constituye una de las finalidades del sistema.

A su vez, la reducción de costos de las empresas requeriría recortar las indemnizaciones, lo contrario a lograr que las mismas sean adecuadas y así sucesivamente. La armonización adecuada de los factores contrapuestos mencionados requeriría de un concienzudo análisis e implementación.

Evidentemente el objetivo que más ha influido en el diseño del sistema de riesgos del trabajo, ha sido una preocupación por minimizar los costos de las empresas. Es decir, una disminución en las sumas que antes eran destinadas a compensaciones y accesorios (o a contratación de seguros) y ahora se trasladan a cuotas a las ART.

En cuanto a la siniestralidad, tampoco hay evidencias que permitan concluir una tendencia significativa. La siniestralidad global en estudios realizados a 11 años de su implementación, se redujo entre un 4 y 6%, a pesar de que el sistema pasó a ser obligatorio, lo que pone en evidencia las fallas de implementación de los sistemas que controlan las regulaciones al respecto.

Asimismo, atento a lo expuesto en el presente trabajo, la litigiosidad no disminuyó, básicamente por severas contradicciones de la ley con principios constitucionales fundamentales. Ello motivó la aparición de un plexo normativo, fundamentalmente expresado en decretos, que trataron de modificar y/o

adecuar el sistema a los cuestionamientos reconocidos por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Así fue, que se ajustaron los montos indemnizatorios, se eliminaron los topes y se hizo menos estricto el proceso de reconocimiento de enfermedades profesionales no presentes en el listado.

No obstante, surgió la necesidad de una reforma más sustancial a través de una ley, en la cual se recepten las inconstitucionalidades fijadas por el Tribunal Supremo. De esta manera, luego de numerosos proyectos, surge la ley 26.773, la cual anula el artículo 39 de la ley 24.557 declarado por la CSJN inconstitucional (el cual eximía de responsabilidad civil a los empleadores), dejó de lado el pago de indemnizaciones en forma de renta (metodología que fuera declarada también inconstitucional por la Corte), y fundamentalmente ajustó los montos indemnizatorios, elevándolos en forma significativa.

Pero junto con estos cambios, reimplantó la llamada opción excluyente, es decir: el damnificado acepta lo fijado por la Comisión Médica o si no lo hace, no cobra la indemnización y reclama judicialmente, debiendo hacerlo ante la Justicia Civil y bajo las normas y principios del derecho civil, el cual no tiene en consideración (a priori) la desigualdad en la relación patrón – trabajador, como sí lo hace el fuero especial del Trabajo.

Por lo expresado, la nueva ley ha sufrido numerosas críticas de doctrinarios y ya está siendo cuestionada en los tribunales de primera y segunda instancia, con lo cual no parece que la nueva norma logre tampoco bajar la litigiosidad.

Volviendo a los objetivos del sistema, lo llamativo y lamentable, es que la prevención no ha mejorado significativamente, básicamente porque el sistema, tiende a que el empleador sienta que cumple, sólo con el hecho de aportar a la prima de la ART, las ART no exigen mejoras por temor a que su cliente (el empleador), ante dicha exigencia, opte por otra ART más laxa, la Superintendencia tampoco ejerce su poder de policía y los punitivos ante irregularidades, no generan temor a ser sufridos, tanto por parte de las ART, como por los empleadores.

En la modesta opinión de quien realiza el presente trabajo, se estima que no debe derrumbarse por completo el actual sistema, pero debería modificarse a los fines de implementar un verdadero régimen de prevención, con un

funcionamiento ajustado a derecho de las Comisiones Médicas (de estricto carácter técnico – médico), un adecuado resarcimiento a los damnificados y permitir la vía judicial, respetando los principios constitucionales y los tratados internacionales, garantizando la progresividad en la atribución de derechos al trabajador damnificado.

“Se piensa que lo justo es lo igual, y así es; pero no para todos, sino para los iguales. Se piensa por el contrario que lo justo es lo desigual, y así es, pero no para todos, sino para los desiguales.” Aristóteles (384 AC-322 AC)

Dr. Claudio Kazarian
(Autor)

Dr. Diego A Mizrahi
(Director del Trabajo)