

Entrevista al Dr. Horacio Schick en la revista Empresalud "Balance de a 20 años de vigencia de la Ley de Riesgos del Trabajo".

1. ¿Qué opina usted de la ley 24557?

La Ley 24.557, (LRT) sancionada en 1995 en pleno auge del “neolaboralismo”, tuvo como objetivo principal, limitar los juicios y reducir los costos empresariales, conjuntamente con la ampliación del mercado asegurador.

La LRT adoptaba la ultraliberal, interpretación económica del derecho, que ponía énfasis en contemplar la situación patrimonial de las empresas causantes de los daños y a determinar la incidencia en los costos de producción. Y, desde el punto de vista del mercado, se preocupa por las consecuencias de la litigiosidad, la descapitalización empresaria, el desempleo. Según esta concepción economicista, las disposiciones normativas de liberación de cargas indemnizatorias al dañador estimularían la productividad de las empresas, de allí vendría luego la inversión y la creación de empleo.

Se trató asimismo de un retroceso normativo vinculado con la oleada privatizadora de la época y la desaparición de INDER como reasegurador de los accidentes del trabajo. El proceso recesivo al que ingresó nuestro país a partir de 1998 y que hizo crisis en el fenomenal colapso de los años 2001 y 2002, con una caída de un 25 % del PBI, demostró las falacias de esta doctrina economicista. Ni la LRT ni las demás leyes desprotectorias laborales dictadas en aquellos años impidieron la crisis, aunque dejaron al sector asalariado en un estado de vulnerabilidad nunca visto con anterioridad.

Desde el punto de vista normativo, la LRT estableció disposiciones abiertamente inconstitucionales e injustas, convirtiendo a los trabajadores en verdaderos ciudadanos de segunda.

Por un lado estableció mezquinas indemnizaciones tarifadas, con adicionales imposiciones de percepción de las mismas en forma de renta, en los casos de altas incapacidades y de la muerte.

A su vez cerró a los trabajadores la posibilidad de acceder a una reparación civil de carácter integral, de la que gozaban el resto de los habitantes de nuestro país, vulnerando un derecho existente desde la sanción del Código Civil.

También sustituyó a los Jueces del Trabajo -que históricamente dirimían los conflictos en materia de accidentes entre los trabajadores, los empleadores y las aseguradoras- por organismos administrativos de carácter federal compuestos por médicos ante los cuales los trabajadores se debían presentar carentes de asesoramiento jurídico, actuando en apelación la Justicia Federal. Se estableció un nuevo principio procesal, el de la justicia distante e inespecífica. La finalidad manifiesta era desplazar a la justicia del trabajo, la que desde su creación a mediados de la década del 40 venía resolviendo estos conflictos.

Desde la sanción de la ley, la inmensa mayoría de los académicos la criticó, luego los jueces de primera y segunda instancia de todo el país fueron declarando inconstitucionales numerosas disposiciones de la misma.

Pero a partir de la primavera de 2004 se produce un inmenso salto cualitativo cuando la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en su nueva composición, dictó los trascendentales e históricos fallos “Castillo”, “Aquino” y “Milone” que hicieron colapsar los pilares de que resultó una de las leyes más cuestionadas, no ya de la historia del derecho del trabajo, sino de las instituciones jurídicas en general.

Estas sentencias implicaron un retorno a la juridicidad, disipando errores conceptuales tan intensos que producían perplejidad a los observadores jurídicos iniciados, no ya de una disciplina esencialmente protectoria como es el Derecho del Trabajo, sino del más tradicional Derecho de Daños. Estos fallos, junto con otra docena de fallos posteriores del cimerio Tribunal, cerraron un largo debate, perdido por aquellos que trataron de justificar ese cuerpo normativo y, paradójicamente, a los mismos sectores que se beneficiaron con su aplicación.

Las sentencias del Superior Tribunal de la Nación mejoraron sustancialmente la posición de los damnificados por accidentes y enfermedades del trabajo, pudiéndose afirmar que, desde entonces, rigió un sistema de reparación de infortunios laborales sustancialmente diferente a la ley original que otorgaba una amplia tutela a los trabajadores, hasta que se dictó la regresiva ley 26773, el 25 de octubre de 2012, que dio la espalda a esos fallos de la Corte Federal.

2. Teniendo en cuenta que la ley va a cumplir en este año su aniversario número 20 de sanción, ¿Considera usted que es positiva o no?

La LRT fue fuertemente regresiva y fue gracias al accionar de los abogados de a pie se fueron planteando los casos ante los tribunales hasta llegar a la Corte y se logró el acceso a la Justicia Laboral, a la reparación integral del daño, al cobro íntegro de las indemnizaciones tarifadas por altas incapacidades que se obligaban a percibir en Renta, administradas onerosamente por Compañías de Seguros de Retiro o las AFJP, lo que era un verdadero desatino, y otros derechos conculcados por la ley original. Como elementos positivos de la LRT podemos recatar el aseguramiento obligatorio, que antes era voluntario, la obligación de las ART de otorgar las prestaciones en especie y sus obligaciones de seguridad y prevención sobre las empleadoras afiliadas que en modo alguno inhiben las obligaciones de las empleadoras ni las del Estado en todos sus niveles de controlar el cumplimiento de las normas de Higiene y Seguridad vigentes. Respecto a los deberes de prevención de las ART aparece como muy poco probable que puedan cumplir seriamente ese rol ya que existen 24 ART que aseguran cerca de 8.000.000 de trabajadores que incluyen 800.000 empleadores, todos ellos distribuidos a lo largo de todo el territorio nacional. A su vez el 80% de los empleadores está concentrado en las primeras 10 ART del ranking de las que ostentan mayor asegurabilidad. Al carecer del número suficiente de preventores para cubrir la función asignada por la LRT, la tarea es cumplida deficientemente. El dictado del Fallo “Torrillo” de la Corte Suprema que determino, ya sin lugar a dudas, que en caso de existir un nexo de causalidad adecuado entre el daño sufrido por un trabajador en un infortunio laboral y las omisiones legales de la ART de controlar, denunciar, fiscalizar o de capacitación, la aseguradora debe responder no sólo por las indemnizaciones tarifadas, sino también por la responsabilidad civil por haber incumplido

los deberes legales impuestos en los artículos 4° y 31° de la LRT y el Decreto 170/96 entre otros. (Artículo 1074 del Código de Vélez) o 1749 del Código Civil y Comercial de la Nación, dio un mensaje muy claro a las ART para que se ocuparan más seriamente del tema preventivo, porque las condenas les eran muy gravosas. Se observó a partir de los dictados de las sentencias dictadas en consecuencia una conducta más diligente de las ART para cumplir sus obligaciones en materia de prevención y de denuncia a la SRT de los incumplimientos de sus empleadoras afiliadas. Interpreto que el dictado de la ley 26773, conspira contra la continuidad de esta política preventiva.

3. ¿Considera que la ley cumple con los objetivos legales de mejorar las condiciones laborales?

Para nada. Las mejoras surgieron de la interacción del régimen inicial con los Fallos referidos que fueron corrigiendo la falta de jurídica de la LRT adaptando el sistema a las garantías constitucionales. La LRT no ha tenido una incidencia significativa en mejorar las condiciones laborales, que por otro lado en nuestro país no son brillantes, con un 35% por ciento de trabajadores en el sector informal y con una altísima siniestralidad registrada en el sector formal. En verdad insisto que algunas mejoras derivaron de las sentencias judiciales que señalaron a los obligados del sistema de los mayores riesgos que implicaba para ellos no cumplir con las normas de Higiene y Seguridad.

4. ¿Cuáles son los aspectos positivos y negativos respecto de la prevención de los riesgos del trabajo con esta ley?

El abordaje de la temática de accidentes del trabajo debe tomar en consideración que el bien jurídico a tutelar es la integridad psicofísica del trabajador y, si no puede evitarse que éste salga indemne de su empleo, debe lograrse que los daños sufridos sean reparados en forma integral.

El bien jurídico protegido por el sistema de infortunios laborales está conformado por la vida y la salud de los trabajadores y a ello debe atender el Estado. La situación de riesgo, la inseguridad y la imprevisión refieren a la persona que trabaja y a las condiciones en las que realiza su labor. En caso de fracasar la evitación de los daños a través de mecanismos de prevención, es función de la ley repararlos en forma justa. Ello se logra a través del resarcimiento completo de todos los perjuicios sufridos por la víctima, al margen de los que puedan corresponder por el menoscabo de la actividad productiva: la incapacidad física, la psíquica y el daño moral; la pérdida de ganancias y los perjuicios de la vida de relación social, deportiva y artística; la pérdida de chance de ascenso en la actividad profesional y la lesión estética; etc. (cf. considerando 3°, causa “Aquino”).

La cuestión de la reparación es central en la medida en que los datos sobre siniestralidad laboral -exclusivamente respecto del personal registrado que informa anualmente la Superintendencia de Riesgos del Trabajo- demuestran su crecimiento año a año, incluso por encima de las cifras de crecimiento económico. Existe indudablemente un déficit en la prevención. Esta insuficiencia preventiva estuvo relacionada con la falta de incentivos para invertir en esa dirección. Las sentencias de la Corte dieron un mensaje a partir de los años 2009 en adelante, a los obligados de que debían cumplir con las normas de seguridad sino las condenas serían muy superiores a invertir en protección de su personal y maquinaria más moderna y en elementos de protección personal.

Como pregunta el profesor Mosset Iturraspe: “¿Puede haber un incentivo más fuerte para ‘no dañar’ que la amenaza de una condena judicial por resarcimiento? No de una ‘condena simbólica’ a pagar unas monedas sino de una que importe una traducción razonable del perjuicio”. Agrega el eminente profesor, que “hay coincidencias, y no puede ser de otra manera, en que la irresponsabilidad, total o parcial, no es un criterio disuasorio válido o eficiente, la ausencia de pagos en concepto de indemnización por daños privaría al causante de un estímulo para realizar gastos en prevención”.

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

Estos antecedentes permiten aseverar que la ley 26773 que libera de toda responsabilidad al empleador por los daños que su actividad productiva genera en sus trabajadores, promover una conducta displicente en materia de prevención, porque a menor riesgo de condenas, menor incentivo para invertir en medios de prevención, adquisición de maquinaria moderna y de elementos de protección personal para sus dependientes.

5. El nivel de litigiosidad con esta ley ¿bajo o subió?

La litigiosidad ciertamente permanece elevada, aunque sólo contra las ART, porque casi desapareció contra los empleadores, lo que puede considerarse un éxito de la 26773 y su régimen de opción que los liberó de toda responsabilidad. Ello obedece a la oscuridad de la ley su decreto reglamentario modificatorio de la ley que reglamenta y porque la siniestralidad es también alta. Se esconde una causal estructural principal; esto es, que la litigiosidad está directamente vinculada con la alta siniestralidad laboral que existe en nuestro país, cuestión sobre la que siempre se guarda silencio.

Así sólo en el sector formal, la Superintendencia de Riesgos del Trabajo (SRT) verifica alrededor de 660.000 infortunios laborales al año, según lo informa el siguiente cuadro elaborado en base a estadísticas oficiales de la SRT:

Tipo de caso notificado	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Accidente de trabajo	281.910	344.561	412.961	476.923	538.402	563.489	547.350	482.953	466.565	492.775	466.664	462.345
Enfermedad Profesional	5733	5.63	8055	9641	12229	14.724	18665	22872	22013	21980	22661	25193
Accidente in itinere	43.039	48.121	54.715	61.526	71.109	117.382	99.973	102.649	111.608	121.909	132.646	139.002
Reagravación	13.363	16.247	19.116	22.734	26.363		28.809	27.092	30.580	32.424	39.490	48.423
Trabajadores fallecidos	680	718	804	857	995	1020	952	830	871	940	973	838
Total casos notificados	344.045	414.559	494.847	570.824	635.874	680.871	694.077	635.566	630.766	669.088	661.431	674.963
Trabajadores cubiertos	4.472.059	4.716.556	5.355.265	6.000.749	6.674.654	7.248.484	7.742.630	7.848.698	7.966.000	8.311.694	8.660.094	8.770.932

A este componente de daños laborales registrados en el sector formal, habría que adicionarle otro 35% de eventos dañosos proveniente de los siniestros ocurridos en el sector informal, lo que totalizaría la existencia aproximada real de 900.000 infortunios laborales al año.

A lo dicho hay que poner de relieve que una parte significativa de las acciones judiciales se refiere a enfermedades laborales no reconocidas por las ART, ni por las comisiones médicas (CCMM), como reafirman las propias estadísticas de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, que sólo constatan un 2% promedio anual de enfermedades reconocidas, cuando la OIT ha afirmado reiteradamente que existen muchas más enfermedades laborales que accidentes traumáticos. Es decir que hay un infrarregistro de enfermedades laborales. Para las ART y las CCMM la mayoría de ellas son preexistentes, inculpables, casi nunca laborales.

En definitiva, se puede afirmar que los reclamos judiciales por infortunios laborales existentes se corresponden con los altos niveles de siniestralidad hallados y el caudal de litigios resulta compatible con estos índices y es propio del Estado de Derecho, donde el acceso a la justicia es un derecho fundamental.

Por otra parte, la vía judicial directa se ha legitimado a partir de los fallos judiciales de la Corte Suprema en los pronunciamientos “Castillo”, “Venialgo”, “Marchetti” y “Obregón” que han declarado inconstitucional el procedimiento especial de la LRT y habilitan la competencia de la Justicia del Trabajo para intervenir en los reclamos contra las ART sin tener que atravesar la vía de las CCMM y el laberíntico procedimiento diseñado por la ley 24557, en un conflicto netamente jurídico como es el derivado de un infortunio laboral, donde se discuten: grado de incapacidad; nexo de causalidad entre daño y actividad laboral o accidente; valor del ingreso para calcular indemnizaciones; prescripción y otros conceptos de neta inferencia jurisdiccional. A lo dicho cabe adicionar que durante todo el tiempo que transcurre desde la primera manifestación invalidante y la liquidación de la indemnización ni las ART, ni las CCMM, ni la Cámara de la Seguridad Social, reconocen el valor actualizado del Ingreso Base, ni los intereses transcurridos desde el acaecimiento del infortunio hasta el efectivo cobro.

En cambio todas estas cuestiones pueden ser debatidas, en instancias judiciales donde son atendido por jueces, no por médicos, en particular por la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, los intereses suficientemente compensatorios, por todo el tiempo que dure el discernimiento del conflicto, impidiendo que el transcurso del tiempo licue el crédito del damnificado.

6. En su opinión, ¿Cuáles son los puntos más cuestionados de la ley?

Como fuera señalado más arriba los aspectos más controvertidos de la LRT fueron corregidos por la jurisprudencia de la Corte y los tribunales inferiores. Subsiste todavía la falta de actualización del VMIB (ART 12 LRT) que puede afectar la integralidad de la liquidación por I.P. Definitiva del trabajador. También la falta de incorporación de los rubros no remunerativos a dicho VMIB conforme la doctrina de la Corte del caso “Pérez c/Disco”; “González c/Polimat y otros”. Pero con el dictado de la ley 26773 nos enfrentamos a nuevos desafíos. Se reguló el régimen de opción excluyente con renuncia, que nuevamente restringe la posibilidad de que los damnificados accedan a la reparación integral del daño. A menos que se suponga la existencia de un trabajador héroe, superman, que va a renunciar a las indemnizaciones tarifadas para afrontar un largo proceso judicial, en la justicia civil en la CABA (también en la provincia de San Juan que se adhirió). Luego se dictó el decreto 472/14 que modifica en forma inconstitucional la ley, al determinar que no existe ajuste de semestral de las prestaciones dinerarias por RIPTÉ alterando lo dicho por el artículo 8º de la ley 26773, también dice que no existe la Incapacidad Permanente Provisoria, cuando no han sido derogados los artículos 14.1 y 15.1 de la LRT que las consagran. De esta forma se postula privar en forma inconstitucional a los grandes incapacitados, aligerando las cargas de las ART el derecho a las rentas por 36 meses o más a estos damnificados con grandes necesidades. Finalmente el artículo 1746 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación establece para indemnizar los daños totales o parciales a la integridad psicofísica una fórmula matemática, la llamada “Vuoto”, conocida en el interior del país como “Marshall”, que es la manera más bajista de computar el daño por lesiones cuestionado reiteradamente por la Corte Suprema, en especial en el fallo Arostegui. Cabe efectuar alguna interpretación protectoria o someter esta

norma al test de constitucionalidad con el artículo 19 de la Constitución y la jurisprudencia de la Corte. En definitiva, el derecho de reparación daños laborales se encuentra en una verdadera encrucijada.

7. Las ART ¿Cumplen con todas las obligaciones de la ley?

Esta pregunta esta respondida con las exposiciones anteriores.

8. La atención médica de los accidentes de trabajo, ¿Cree usted que mejoró?

Como decíamos anteriormente la obligación de las Aseguradoras de otorgar prestaciones en especie es indudablemente un avance cualitativo significativo respecto a los regímenes anteriores.

Sin embargo no pueden dejar de señalarse algunas falencias que no pueden cuantificarse con exactitud por la falta de un ente que controle el funcionamiento en cuanto a cantidad, calidad y cumplimiento de las prestaciones en especie.

Se puede señalar desde la experiencia de campo como abogado de damnificados que si bien en muchos casos de accidentes graves existió una relativa y correcta atención médica, también ha existido en forma paralela un fuerte cuestionamiento a la actuación de las ART por una deficitaria asistencia médica, en otros casos en que los déficit agravaron el daño. En otros casos de accidentes leves como en las enfermedades laborales, generalizadamente no se les reconoce tal condición. Es más, como lo demuestran las estadísticas, existe un rechazo sistemático de las enfermedades, que solo representan un 2 % de los eventos dañosos reconocidos.

También es reconocida la insuficiencia de las prestaciones en especie en infinidad de casos: altas médicas inadecuadas, deficiente atención médica; omisiones sustanciales; insuficiencia; impericia; imprudencia; negligencia; incapacidad sobreviniente; demoras injustificadas en la recuperación; heridas quirúrgicas; trastornos estéticos; necesidad de una cirugía estética o cosmética para paliar la mala praxis; etcétera.

Todas estas situaciones han generado una nueva serie de conflictos, y acciones de mala praxis contra las ART y los efectores de salud contratados por ellas. Así como no se discute ya la responsabilidad de las obras sociales (y otros financiadores) frente a sus afiliados –por el hecho de un tercero por quien deben responder (v.gr., mala actuación de los profesionales o servicios, propios o contratados por ellas) o por el hecho propio (v.gr., en caso de demora administrativas) –, no se discute la responsabilidad de las ART.

Como consecuencia de lo descripto, la doctrina viene insistiendo que existe una relación de consumo entre el trabajador y la ART. En efecto, el trabajador como sujeto pasivo de prestaciones médicas en el sistema de ART es un verdadero paciente cautivo de la ART y por lo tanto se encuentra atado a las prestaciones en especie que la aseguradora disponga para él o más bien imponga, e inclusive el alta médica o los escasos porcentajes de incapacidad que asigna en muchos casos por debajo de la realidad que el paciente presenta. En estos supuestos, la ART estaría incumpliendo con una función social trascendental junto con la de evitar, prevenir o mitigar las situaciones de riesgo para el trabajador. Por lo tanto, el trabajador enfermo o accidentado es un paciente y los sujetos obligados frente a él son: “...el o los profesionales de salud o el o los agentes de la salud y cualquier efector que se trate...” (Art. 2º de la ley 26.529). Como paciente, es eje del sistema sanitario y, por lo tanto, consumidor de

productos y servicios de salud. En dicho sentido, cabe recordar que nuestro Estatuto del Consumidor es sumamente amplio, ya que supera la estrechez de la noción de “contrato de consumo” para abrazar la idea más amplia (y más acorde a la realidad económica) de la “relación de consumo”. En consecuencia puede concluirse que el trabajador amparado por la cobertura de una ART es también un consumidor, amparado por la LDC.

9. Considera que la ley durante estos 20 años, ¿Considera que las ART hacen una correcta recalificación y rehabilitación de un accidentado?

No existe un ente que controle y cuantifique esta función. La experiencia es que en la mayoría de los casos los trabajadores con altas incapacidades son despedidos una vez vencidos los períodos de ILT y el período de reserva de puesto (211 LCT), haciéndose, en mi opinión una mala aplicación del régimen de enfermedades inculpables a la imposibilidad de trabajar por secuelas de un infortunio laboral. Estas prácticas esconden una práctica discriminatoria violatoria de la ley 26.378 que, en su artículo 1º, aprueba “la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo aprobados mediante resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas A/Res/61/106 el día 13 de diciembre de 2006, sumándose de esta forma a los Tratados de Derechos Humanos incorporados a la Constitución Nacional y la ley antidiscriminatoria 23.592. Por eso en lo personal en un régimen de inestabilidad en el empleo privado como el nuestro interpreto que poco se puede hacer, y estas figuras de la recalificación y la recolocación no son más que una aspiración semántico de la ley. Por otra parte no existe de parte de la SRT una cuantificación de esa tarea de las ART como para hacer una evaluación más general, que por lo que acabamos de mencionar aparece como muy poco significativa.

10. ¿Cree que los empleados y empleadores se han concientizado sobre los derechos y obligaciones que deben asumir en materia de prevención?

Indudablemente ha habido una mejora, donde las sentencias judiciales sobre todo de la Corte han jugado un rol fundamental. Soy un poco escéptico respecto al futuro, tanto por los efectos negativos de la ley 26773 sobre la prevención, como el escenario de falta de crecimiento económico e inversión de los últimos cuatro años, y el cambio de escenario se presenta para la nueva Administración que se hago cargo del gobierno en diciembre de este año. Por dos factores principales. Primero que deberá hacerse cargo de todos los conflictos latentes en la economía argentina frutos de la mala praxis en la gestión económica que están escondidos y larvados para el gran público hasta que termine el proceso electoral, pero a posteriori deberán afrontar una pesada carga negada por la actual gestión. En segundo término la asunción del nuevo gobierno coincide con la finalización del “viento de cola” de la alta valorización de las commodities, la crisis de Brasil y las zozobras de China, nuestros principales socios comerciales. El mundo de los próximos cinco años por lo menos será muy distinto del que disfrutó el kichnerismo. Después de 10 años de contar con viento favorable, hay indicios muy firmes de que el clima está cambiando y las condiciones externas para el próximo gobierno serán adversas. La crisis económica en Brasil, la fortaleza del dólar que empuja a los commodities a la baja, la desaceleración del crecimiento en China con una burbuja bursátil y la expectativa de que EEUU comience a subir las tasas de interés, presentan un escenario que

afectará posiblemente las perspectivas de crecimiento y las posibilidades a la Argentina En fin un escenario para preocuparse. En este contexto económico donde puede acentuarse la recesión que ya vivimos hoy, cuando hace cuatro años que no crece la economía, ni la inversión ni el empleo privado, bajan las exportaciones y es deficitaria la balanza comercial, cabe ser muy cauto sobre la prevención de riesgos cuando las empresas piensan en sobrevivir y muchas quizás no lo logren.

11. El Estado ¿Cumple con el control a las ART?

El Estado a nivel nacional, Provincial y Municipal no ha cumplido con su rol de control el cumplimiento de las normas de Higiene y –seguridad. Se preocupan en dictar nuevas normas pero no en disponer del personal y recursos para que se cumplan las disposiciones vigentes que en general son buenas.

12. Las empresas, ¿Cumplen con las condiciones de Higiene y Seguridad exigidas por la ley?

Mientras más grandes son las empresas y sobre todos si son multinacionales tienen códigos de cumplimiento de las normas de Higiene y Seguridad y son más estrictas con su personal para que usen los elementos de protección personal y tienen los recursos para adquirir maquinaria más moderna y menos riesgos. Esta situación es inversa en las Pymes que carecen de espaldas y apoyo crediticio.

13. Con respecto a las enfermedades profesionales y al nuevo Listado de la OIT, ¿Cree usted que el listado de la ley 24557 deberá actualizarse?

El Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo (OIT) aprobó una nueva lista de enfermedades profesionales en su reunión de 25 de marzo de 2010. La nueva lista incluye una serie de enfermedades profesionales reconocidas internacionalmente, desde las causadas por agentes químicos, físicos y biológicos hasta aquellas de origen respiratorio y de la piel, trastornos del sistema osteomuscular y cáncer profesional. Por primera vez se han incluido de manera específica en la lista de la OIT los trastornos mentales y del comportamiento. En las secciones de la lista se incluyen además puntos abiertos en todas las secciones, que permiten el reconocimiento del origen profesional de enfermedades que no figuran en la lista, siempre y cuando se haya establecido un vínculo entre la exposición a los factores de riesgo que resulte de la actividad laboral y las enfermedades contraídas por el trabajador.

Lo notable del caso es que estos nuevos convenios y protocolos de la OIT han sido ratificados por las leyes 26.693 y 26.694, sancionadas por el Congreso Nacional en el año 2011 y darían por muertos el listado cerrado del artículo 6° párrafo 2° de la LRT.

Sin embargo la ley 26.773 en su artículo 9° contradice las leyes precedentes al ratificarlos y establecer que: *Para garantizar el trato igual a los damnificados cubiertos por el presente régimen, los organismos 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 prevista como Anexo I del Decreto N° 659/96 y sus modificatorios, o los que los sustituyan en el futuro.*

Pero además el Comité Consultivo ha ampliado el listado con tres nuevas categorías de enfermedades, integrados al listado vigente, luego convertido en el Decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 49/2014, insistiendo con el criterio de causalidad restrictivo e inmediato de la ley original, desconociendo los criterios amplios contemplados en los Convenios de la OIT citados, ratificados por los mismos legisladores que sancionaron el nuevo texto legal.

Si bien nadie niega la existencia del objetivo primario de la prevención, lo cierto es que la reparación de dañosidad laboral por las enfermedades laborales abarca un escenario muy amplio, que fue desdeñado por la LRT, por lo que en nuestra opinión en algún futuro reformista cabría darle la importancia que corresponde a la magnitud del problema.

Como se ha visto, el listado cerrado actual tiene el inconveniente que sólo define a un número limitado de enfermedades profesionales dejando de lado muchas afecciones que son también de origen indudablemente laboral.

Parecería que el mejor sistema para definir las enfermedades laborales, entonces, es el sistema mixto. Esto conduciría a la confección de un listado no taxativo, indicativo, que sirviera como presunción del origen profesional de la enfermedad, salvo la existencia de prueba en contrario. A su vez, este listado sería complementado con la disposición a considerar también como laborales, a las afecciones que no se encuentran allí mencionadas, teniendo el damnificado la posibilidad de obtener la reparación si prueba la relación causal entre el daño y las condiciones de empleo. Es decir, que aquellas enfermedades no incluidas en el listado, deberán ser consideradas de índole laboral en caso de encontrarse relacionadas causal o concausalmente con la prestación del trabajo.

Es necesario entonces redefinir las enfermedades laborales, superando el listado cerrado de la ley vigente, y ampliándolo a los supuestos de que la afección sea “consecuencia inmediata o mediata previsible del tipo de tareas desempeñadas por el trabajador o de las condiciones en que fueren ejecutadas por éste”.

De acuerdo con este criterio, en el caso que el trabajador sufra una enfermedad no contemplada en el listado indicativo de enfermedades laborales, tendrá derecho a reclamar y probar, ante la autoridad administrativa o judicial, su carácter laboral mediante procedimientos rápidos y acceso judicial expeditivo.

La predisposición constitucional del damnificado no podrá ser invocada para excluir a la enfermedad laboral de esta categoría, cuando el trabajo o las condiciones ambientales donde éste se desarrolla hubieran obrado eficientemente como factor relevante y/o regravante y previsible de la dolencia.

Esta opinión se fundamenta en que si el empleador y la ART efectúan los exámenes preocupacionales y periódicos, pueden controlar la salud del trabajador destinándolo a lugares acordes con su aptitud. De no tomar en cuenta alguna predisposición constitucional y destinar al trabajador a tareas nocivas que le desencadenen una afección, surgiría una responsabilidad indemnizatoria, dada la relevancia que tiene el concepto de previsibilidad en materia de prevención y reparación de enfermedades del trabajo.

La concausa previsible o estado anterior, que determina la responsabilidad del empleador, la constituyen aquellas circunstancias precedentes a la acción efectivamente conocidas, que pudieron estar en conocimiento del principal, aplicando la debida atención y previsibilidad respecto de los efectos nocivos del riesgo laboral.

Parece también necesario sugerir que, para que opere la exclusión de las incapacidades preexistentes a la iniciación de la relación laboral, las mismas deberán haber sido identificadas

en su tipo y grado en el examen preocupacional y haber sido fehacientemente notificadas al trabajador y a la entidad sindical correspondiente, a los fines de evitar maniobras fraudulentas. También es recomendable incorporar en la nueva norma legal la noción clara de reagravamiento que permita, en el caso de que aparezcan nuevas secuelas producidas por la misma enfermedad o accidente, que los trabajadores puedan actualizar su indemnización conforme a la evolución de su incapacidad.

14. ¿Qué medidas cree usted que se deberían tomar para el futuro?

La primera medida reformista que habría que disponer sería disponer la derogación de la ley 26.773 que inserta una nueva discriminación social en perjuicio de los trabajadores solamente fundada en la existencia de un contrato laboral, de similar características al antiguo artículo 39 párrafo 1° de la Ley 24557. En efecto el régimen de opción civil excluyente con renuncia del artículo 4° de la ley 26773 es una ficción de acceso a la reparación integral y contradice la jurisprudencia de la Corte Federal.

Hubo perplejidad en el mundo jurídico laboral por la sanción de este retroceso normativo luego de tantos años de lucha judicial y después de haber quedado consolidado definitivamente, con jerarquía constitucional, el derecho irrestricto de los trabajadores al acceso a la justicia a fin de obtener la reparación integral de los daños sufridos como consecuencia del empleo, conforme la jurisprudencia del máximo Tribunal federal.

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

El derecho a la reparación integral del daño injustamente sufrido ha sido desarrollado por la Corte Suprema en distintos y sucesivos fallos, como un derecho de raigambre constitucional con fundamento en el principio de “no dañar” del artículo 19 de la Constitución Nacional, el que se halla reglamentado en los artículos 1109, 1113, 1074 y demás disposiciones concordantes del Código Civil, reconocidos y ampliados en el nuevo Código, con las salvedades ya señaladas en cuanto a la limitación de la reparación.

Es decir que la Corte ha jerarquizado el Derecho de Daños, poniendo énfasis en los derechos de la víctima, considerándola integralmente, como persona que trabaja, que consume, que está expuesta al medio ambiente, al tránsito de vehículos, etc., pero, esencialmente, como un ser humano, al que le corresponde una indemnización justa, entendida como plena e integral, en caso de resultar dañada injustamente en cualquier ámbito.

El juez debe otorgar a la víctima, al menos, las sumas necesarias para colocarla en la misma situación en la que se habría encontrado de no haberse ocasionado el daño. Se trata, por consiguiente, de recomponer económicamente al damnificado, dejándolo indemne por las pérdidas patrimoniales y extrapatrimoniales sufridas a raíz del evento dañoso. Limitar las indemnizaciones, como se dispone a través de la “opción excluyente con renuncia” implica mantener un margen del perjuicio en cabeza del dañado, aspecto que, en definitiva, violentaría los principios constitucionales emanados del art. 19 de la Carta magna y de los Tratados internacionales.

Por lo tanto el damnificado que haya obtenido las prestaciones dinerarias y en especie del régimen especial tiene derecho de accionar ante el Juez Laboral, para reclamar los plusperjuicios no satisfechos por el régimen tarifario, es decir el tramo faltante de la reparación integral –ya que no se trata de una acumulación de indemnizaciones– si es que se cumplen los presupuestos de la responsabilidad civil y laboral.

Igualmente podrá acumular en una misma demanda judicial laboral ambas acciones en forma simultánea, contra la ART por las prestaciones sistémicas (eventualmente también por el 1074 del CC) y contra el empleador dañante fundado en los artículos 1109, 1113 del Código Civil o 75 y concordantes de la LCT, debiéndose deducir de la reparación integral, exclusivamente, las sumas correspondientes a la incapacidad permanente definitiva a cancelar por la aseguradora.

La previsibilidad de los costos de las condenas civiles puede resolverse no cercenando derechos de raigambre constitucional, sino por medio del aseguramiento diferenciado y obligatorio de la responsabilidad civil, conjuntamente con el de la indemnización tarifada.