

"Artículo del Dr.Horacio Schick sobre las Las enfermedades laborales y la reparación extrasistémica en el contexto de vigencia de la ley 26773, publicado en la revista Derecho del Trabajo, Editorial La Ley, Noviembre 2014".

Autor: Schick, Horacio

Cita Online: AR/DOC/2810/2014

Publicado en la Revista Derecho del Trabajo, Noviembre 2014, Editorial La ley

Sumario: I. La falta de reconocimiento de las enfermedades laborales en nuestro país.— II. La reparación civil de las enfermedades laborales no listadas.— III. El DNU 1278/2000.— IV. Tres nuevas enfermedades incorporadas al listado. Decreto del Poder Ejecutivo Nacional 49/2014. Restringido nexo de causalidad.— V. Las leyes 26.693 y 26.694 ¿no habían acaso derogado los listados cerrados del art. 6° ap. 2° de la LRT?— VI. El listado cerrado de la ley especial es más restrictivo que el concepto de enfermedad en el derecho civil: un verdadero contrasentido.— VII. Inexistencia del régimen de opción excluyente del art. 4° de la ley 26.773 en las enfermedades extrasistémicas.— VIII. Imposición objetable de listados y baremos.— IX. Conclusiones

Abstract: La situación jurídica sobre enfermedades laborales, tiene un marco resarcitorio dado por la base del listado y la causalidad que regula la Ley de Riesgos del Trabajo, que sigue siendo taxativo y limitado, y, por otro lado, tiene un marco de derecho generado por la reparación del Código Civil, sobre las enfermedades no contempladas en el listado.

I. La falta de reconocimiento de las enfermedades laborales en nuestro país

En nuestro país se reconoce de forma generalizada que el sistema oficial de registro de enfermedades profesionales infravalora en gran medida el verdadero impacto de las enfermedades relacionadas con el trabajo.

Como puede observarse en el siguiente cuadro proveniente de las estadísticas de la SRT [\(1\)](#) en el marco del sistema de riesgos del trabajo, se denunciaron 22.013 enfermedades profesionales, por ejemplo durante el año 2010, que representa el 1% del total de casos notificados, que asciende a 630.766 siniestros reconocidos en el sector formal, sobre una población cubierta de 7.966.000 trabajadores asegurados en ese período.

Tipo de caso notificado	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
Accidente de trabajo	281.91	344.561	412.961	476.923	538.402	563.489	547.350	482.953	466.565
Enfermedad Profesional	5.733	5.63	8.055	9.641	12.229	14.724	18.665	22.872	22.013
Accidente "in itinere"	43.039	48.121	54.715	61.526	71.109	117.382	99.973	102.649	111.608
Reagravación	13.363	16.247	19.116	22.734	26.363		28.809	27.092	30.580
Trabajadores fallecidos	680	718	804	857	995	1020	952	830	871
Total casos notificados	344.045	414.559	494.847	570.824	635.874	680.871	694.077	635.566	630.766
Total 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

El cuadro también refleja que los porcentajes de enfermedades profesionales declaradas respecto del total de los siniestros entre los años 2002 y 2010 oscilan igualmente entre el 1 y el 2% del total de los siniestros denunciados, lo que demuestra el infrarregistro de las enfermedades laborales. Idénticos porcentajes se repiten en periodos posteriores. Por ejemplo en el año 2012 la SRT registró también solo 22.661 enfermedades profesionales sobre un total de 661.431 infortunio verificados.

Sin embargo, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sostiene que las enfermedades de origen laboral producen el 82% de las patologías laborales en el mundo, mientras que el 18% restante corresponde a accidentes de trabajo.

En realidad, subregistros existen en todos los países desarrollados del mundo, pero nunca al extremo de lo que sucede en la Argentina.

El subdiagnóstico está destinado a evitar instancias indemnizatorias, lo cual incrementa la "desprotección" de los empleados.

Estos números reflejan una grave problemática detectada y reiteradamente denunciada por diferentes actores: las enfermedades profesionales en la Argentina no se diagnostican ni se tratan dentro del sistema; ello no significa que estén ausentes, sino que son ignoradas. Según afirmaba el entonces Superintendente de Riesgos del Trabajo, el doctor Verón: "Sin un buen registro, una buena detección y diagnóstico por parte de las ART, las enfermedades son tratadas como inculpables y recaen en el sistema de salud pública, obras sociales o privada". (2) La falta de reconocimiento de las enfermedades profesionales trae dos consecuencias inmediatas: el trabajador no accede a las prestaciones dinerarias y en especie —a las que tiene derecho— y el empleador no se considera obligado a subsanar los problemas que estos originan para la salud, y no hace nada para mejorar el sistema preventivo en la empresa. Los costos por los problemas de salud laboral que deberían ser soportados por el sistema de riesgos del trabajo son sobrellevados por la salud pública y por el trabajador. (3)

A pesar de la significativa presencia en el mundo del trabajo de las enfermedades laborales, cabe destacar que el generalizado rechazo de su existencia en nuestro país, obedece al sistema de listado cerrado de enfermedades que excluye a un gran número de ellas, históricamente reconocidas como originadas en el trabajo, como la actitud congruente con esta restrictiva determinación legislativa de parte de los obligados y operadores del sistema, refractarios a reconocerlas.

II. La reparación civil de las enfermedades laborales no listadas

2.1. Concepto general

En este contexto de fuerte rechazo a la existencia de la mayoría de las enfermedades laborales y sobre todo frente al criterio del listado cerrado de las enfermedades profesionales, existía un sector minoritario de la doctrina, que aseveraba que el de la LRT era un sistema cerrado, que no permitía fugas hacia otros esquemas reparatorios. [\(4\)](#)

Esta postura valora la previsibilidad del sistema en orden a los costos de reparación y su aseguramiento, propiciando reglas taxativas que determinen, en el pasado, qué daños tendrán reparación, excluyendo otros no previstos en la norma. [\(5\)](#)

Otro sector, haciendo una lectura literal de la norma, afirmaba que la única salida era la declaración de inconstitucionalidad del art. 6° de la LRT, en la medida que impedía, sin fundamento, que se repare el daño que es imputable a otra persona. [\(6\)](#)

Diferenciada de estas dos posiciones se fue abriendo paso una corriente doctrinaria y jurisprudencial que resultó mayoritaria, la cual afirmaba que una consecuencia no querida ni prevista por los autores de la LRT, fue que las enfermedades no contempladas en el listado cerrado, pero que guardaran nexo causal con las tareas cumplidas para las obligadas, igualmente serían resarcibles, aunque por fuera del sistema de la ley 24.557, a través del derecho común.

De lo contrario, se afirmaba que se produciría una verdadera autorización a los empleadores para dañar, en abierta conculcación con el referido art. 19 de la Constitución Nacional. Como contrapartida, se produciría el contrasentido según el cual el daño, al no ser reparado, sería absorbido por la víctima del siniestro.

La expresión legal con respecto a que las enfermedades no contempladas en el listado o los hechos no incluidos en la categoría de súbitos y violentos del art. 6° no serán resarcidos por las prestaciones de la Ley de Riesgos del Trabajo, sólo tiene virtualidad dentro del estrecho marco legal.

En este caso, la reparación de los daños extrasistémicos, fundada en la responsabilidad extracontractual, no emerge de un incumplimiento convencional, sino de la omisión de una obligación legal, preexistente al contrato entre la víctima y el empleador.

Los doctores Corte y Machado han señalado, inicialmente, que "los daños que por cualquiera de las causas mencionadas no fueran reconocidos como 'contingencias sistémicas', quedan automáticamente fuera del universo fáctico-jurídico regulado por la LRT y regidos por las disposiciones del derecho común en tanto, desde luego, se verifiquen a su respecto los presupuestos convocantes de la responsabilidad, conforme a las reglas de juego vigentes en dicho ámbito". [\(7\)](#)

El creciente y sostenido cambio de los procesos técnicos y métodos productivos, unido a la tardía inclusión de los resultados de las investigaciones médicas, psicológicas, sociológicas y ergonómicas, hace que no exista una clara línea divisoria entre las enfermedades profesionales y aquellas que no lo son.

Por lo tanto, surge evidente el retroceso legal del art. 6° de la LRT que trajo, como consecuencia, la recurrencia de los damnificados al moderno derecho de daños que admite que el progreso técnico venga acompañado de riesgos que, difícilmente, puedan ser previstos o evitados. Es decir, esta doctrina moderna determina que ese daño no sea soportado por quien lo sufrió, sino que se tiende a sistemas racionales de indemnización que resguardan al individuo de las acciones de los dañantes.

La estructura organizativa predispuesta para la producción de bienes y servicios que dispone el empleador, contiene situaciones para los trabajadores que con la prestación de la actividad hacen posible la concreción material del fin perseguido por el empresario-empfeador.

El riesgo que asumen diariamente los trabajadores es un estado necesario, no eludible y potencial para ellos. El empleador que crea esa situación de riesgo, debe afrontar el daño sufrido por su dependiente, así como asume el resto de los aleas de su actividad comercial o industrial: la competencia interna o externa o la incobrabilidad de sus créditos.

La coacción vital y social lleva al prestador del trabajo a incorporarse a la esfera de riesgos del dador de

trabajo, asumiendo peligros y la posibilidad de un hecho generador de daños y compromete al empleador, quien en forma lícita y permitida, crea riesgos o los propicia. La cuestión planteada sobre el fundamento de la reparación no radica en la antijuridicidad de la actividad del empleador ni en la imputación de determinado riesgo, sino en las exigencias de la justicia conmutativa. Quien persigue su propio interés, aún lícito, y daña el derecho de otro debe indemnizar al perjudicado.

La inobservancia de las normas de seguridad e higiene en el trabajo, que puede impedir la previsión de las enfermedades en cuanto se refiere a los exámenes médicos periódicos y a las condiciones de labor, constituye una conducta culposa en los términos del art. 512 del Código Civil. Se trata de la omisión de las diligencias tendientes a prevenir cualquier daño.

Las disposiciones de la Ley de Seguridad e Higiene del Trabajo, constituyen la especificación de la obligación genérica establecida por los arts. 902 del Código Civil y 75 y 76 de la LCT.

En conclusión, según esta posición mayoritaria, la redacción del art. 6° de la LRT no habría inhibido la acción civil directa de la víctima o de los derechohabientes para obtener un resarcimiento, de acuerdo con las posibilidades del derecho civil, por los daños a causa de enfermedades laborales no listadas, adecuando la responsabilidad y la extensión del resarcimiento conforme a la concordancia de los arts. 901 a 904 del Código Civil.

2.2. La plena vigencia de la doctrina del fallo "Silva" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

La Corte Suprema en el fallo "Silva" (8) cerrando el debate, sentó la doctrina —hoy pacífica— según la cual aunque una enfermedad laboral no esté incluida en el listado de enfermedades de la LRT, confeccionado por el PEN, pero se demuestra que dicha enfermedad está vinculada causalmente a la actividad laborativa, corresponde la indemnización sobre la base de las disposiciones del derecho civil.

De acuerdo al fallo "Silva" las enfermedades no incluidas en el listado cerrado del art. 6°, LRT, igualmente deben ser reparadas, ya no sobre la base de las disposiciones de la LRT, sino sobre la del derecho civil, en la medida que se comprobara que existe un nexo de causalidad adecuado entre el daño sufrido y la actividad laborativa, desempeñada a favor de la empleadora.

Así la Corte Suprema, en su voto mayoritario, sostuvo: "La Cámara rechazó la demanda por aplicación de la Ley de Riesgos del Trabajo sin advertir que la acción se fundó en el derecho civil". En virtud de esta falsa premisa, resolvió que debía aplicarse el sistema de *numerus clausus* en cuanto a las enfermedades resarcibles, en el que no estaba contemplada la situación del actor... Desde esta forma rechaza y repugna la base de sustentación de cuerpo normativo de riesgos del trabajo, al considerar que no resarcir las enfermedades que no están en el listado —más allá de que reconozcan, en el caso puntual, nexo causal con el factor laboral—, contradice un precepto constitucional, ya que el legislador no puede establecer normas que violenten el principio de no dañar, consagrado en el art. 19 de la Carta Magna. Para la procedencia de la acción del derecho común debe probarse la existencia de los presupuestos de la responsabilidad civil. Por lo tanto, si se demuestra que una enfermedad está vinculada causalmente a un hecho anti-jurídico, la acción procede con independencia del listado que prevea la Ley de Riesgos del Trabajo, que obedece a un régimen especial, diferente del derecho común...".

En este sentido, no sólo cabría la acción —siempre que se logre probar el nexo causal—, de la enfermedad profesional que no se encuentre en el listado que regula la Ley de Riesgos del Trabajo, sino también en el caso de agravamiento de las existentes, toda vez que las declaradas por el sistema, su agravamiento resulta ser extrasistémico. Máxime cuando para ello no resulta necesario la declaración de inconstitucionalidad del art. 6°, inc. 2°, ley 24.557, "...en tanto se persigue la reparación de una enfermedad que no está comprendida en el listado que debe elaborar y revisar el Poder Ejecutivo, dentro del sistema especial..." (Consid. 5°, voto de la mayoría).

Sobre la base de este precedente judicial de la Corte, es que se puede afirmar que la situación jurídica sobre enfermedades laborales, tiene un marco dado por la base del listado y la causalidad que regula la Ley de Riesgos del Trabajo, que sigue siendo taxativo y limitado, y, por otro lado, tiene un marco de derecho generado por la reparación del derecho común, sobre las enfermedades no contempladas en el listado.

Esta sentencia de la Corte Suprema zanjó definitivamente el debate jurisprudencial, en el sentido de que las

enfermedades no tipificadas como tales por el restrictivo listado confeccionado por el Poder Ejecutivo Nacional, conforme a las facultades que le otorga la LRT, deben ser igualmente reparadas, aunque ya no sobre la base de las pautas y requisitos de la LRT, sino sobre la base del derecho civil.

El caso "Silva" no sólo cuestiona el listado cerrado del art. 6° párr. 2° de la LRT en su versión original, sino que también, implícitamente, descalifica la supuesta apertura del decreto de necesidad y urgencia 1278/2000. En efecto, el DNU citado sólo admitía la apertura del listado respecto de la enfermedad que la Comisión Médica Central declare por excepción, como consecuencia directa e inmediata de la ejecución del trabajo, excluyendo la influencia de los factores constitucionales atribuidos al trabajador, o que estén originados por causas ajenas al empleo.

Para la procedencia de la reparación de los daños laborales, sobre la base del derecho común, la mayoría de la Corte estableció como único requisito, sin ninguna otra limitación, la existencia de los presupuestos de la responsabilidad civil.

En definitiva, se consolidó la doctrina de que las enfermedades laborales que afecten a los trabajadores que no se encuentren en el listado incluido en el dec. 658/96 y ampliaciones posteriores o que hayan sido rechazadas por los operadores del sistema (ART y comisiones médicas), dan derecho a los damnificados a la reparación integral sobre la base del derecho civil, en la medida que exista un nexo de causalidad adecuada entre la afección constatada y la actividad laboral prestada a favor del empleador.

2.3. Presupuestos de la responsabilidad extrasistémica

El nexo de causalidad adecuada que torna aplicable la responsabilidad civil, es el que surge de las reglas emergentes de los arts. 901 a 906 del Código Civil.

Esta teoría implica que la relación causal debe ser analizada de acuerdo al desarrollo regular de las circunstancias y la experiencia diaria. El análisis del caso debe ser hecho ex post facto, de acuerdo a un cálculo de probabilidades y de reglas de previsibilidad objetivas, como reafirma el art. 906 del Código Civil según la redacción de la ley 17.711.

Cabe destacar como un beneficio adicional para los damnificados, que la doctrina de la reparación extrasistémica de las enfermedades laborales, da un resarcimiento mayor que las emergentes de las no listadas, individualmente reconocidas por el procedimiento del DNU 1278/2000, por cuanto estas últimas limitan el quantum indemnizatorio a la tarifa de la ley 24.557.

En cambio, las derivadas del derecho común, carecen de dichos límites y reconocen un resarcimiento íntegro sobre la base de lo establecido por la Corte Suprema, en los casos "Aquino" y "Arostegui", donde se estableció que el régimen del derecho civil busca reparar el valor integral de la vida humana, el cual no puede ser apreciado con criterios exclusivamente matemáticos, sino que en el cálculo de indemnizaciones civiles deben contemplarse el menoscabo de la actividad productiva, la integridad psicofísica, el daño moral, el psíquico, junto con los demás perjuicios en la vida de relación social, deportiva, artística y todos los rubros que puedan acreditarse en juicio.

La afirmación constitucional del Derecho de no dañar constituye el sólido fundamento que sustenta la doctrina mayoritaria, emanada de la Corte Suprema en el caso "Silva".

III. EL DNU 1278/2000

El Poder Ejecutivo Nacional dictó en diciembre del año 2000 el decreto de necesidad y urgencia 1278/2000, con la finalidad de tornar más difícil la dilucidación del carácter inconstitucional de muchas disposiciones de la Ley de Riesgos del Trabajo. En lo que se refiere a las enfermedades profesionales para intentar paliar las críticas al listado cerrado, se agregó una vía administrativa para reconocer en forma individual el carácter laboral de enfermedades no incluidas en el listado original.

De este modo, el nuevo art. 6° de la LRT —redactado por dicho decreto— estableció que puede ser considerada enfermedad profesional la afección no incluida en el listado confeccionado por el Poder Ejecutivo Nacional pero que la Comisión Médica Central declare, por excepción, como consecuencia directa e inmediata de la ejecución del trabajo, excluyendo la influencia de los factores constitucionales atribuidos al trabajador o que estén originados por causas ajenas al empleo.

Este reconocimiento es limitado al caso individual en que fue dictada la resolución y no altera la nómina cerrada.

El listado sigue siendo restringido a los efectos de la aplicación automática de la ley. Las enfermedades incluidas en el listado tienen la admisión general como contingencias cubiertas. Excepcionalmente, se contempla la posibilidad de verificar otras enfermedades no listadas, en el supuesto de que se demuestre su relación directa e inmediata con el empleo, a través del procedimiento establecido en el art. 6° en la redacción del DNU 1278/2000 reglamentado por el dec. 410/2001.

La Comisión Médica Central sólo podrá ordenar la cobertura de contingencias cuya conexión causal con el empleo sea directa, inmediata y única, pues se excluye en este caso la influencia de factores atribuibles al trabajador o ajenos al empleo.

Es evidente que el dec. 1278/2000 no alteró el modelo inicial de la LRT respecto del listado cerrado, con el requerimiento del concurso de los tres factores: agente de riesgo, cuadro clínico y actividad.

En efecto, el apartado segundo del art. 6°, según el citado decreto, limita en los hechos la cobertura a enfermedades extralistado, al establecer que "en ningún caso se reconocerá el carácter de enfermedad profesional a la que sea consecuencia inmediata o mediata previsible, de factores ajenos al trabajo o atribuibles al trabajador, tales como la predisposición o labilidad a contraer determinada dolencia".

Se excluye de cobertura los casos en que la circunstancia laboral haya operado como factor concausal en la producción de la enfermedad.

La nueva redacción del art. 6° del DNU 1278/2000 fue diseñada para desalentar y bloquear los reclamos civiles ante la Justicia, que venían teniendo acogida favorable.

También resulta cuestionable el decreto citado, por cuanto el procedimiento creado por esta norma configuró un nuevo laberinto, con múltiples escollos que debe superar el damnificado para, eventualmente, obtener una reparación tarifada que subsane el daño sufrido.

El trabajador, para hacer viable su reclamo, debe cumplir los siguientes pasos: 1°) Denuncia del siniestro ante la ART; 2°) Sustanciar un procedimiento ante la Comisión Médica local con la intervención del empleador y la ART, debiéndose también realizar una audiencia entre las partes; 3°) En el caso de ser el dictamen de la Comisión local favorable al trabajador, deberá requerirse la intervención obligatoria de la Comisión Médica Central (CMC), quién dictaminará en el plazo de treinta días la admisibilidad o el rechazo de la enfermedad como resarcible dentro del sistema de la LRT, estableciendo el porcentaje de incapacidad a los efectos del pago de las prestaciones dinerarias; 4°) En caso de ser favorable el reclamo, la decisión sólo tendrá efecto al caso propuesto, no importando modificación del listado de enfermedades profesionales y, 5°) En caso de que la CMC no convalide a la CM local, cesa el otorgamiento de las prestaciones.

En el supuesto de que la víctima pretenda acreditar un nivel de exposición a determinado agente causal [art. 6°, ap. 2°, inc. b), punto i)], la Comisión Médica está facultada para tomar declaraciones testimoniales, lo que evidencia una clara invasión de funciones jurisdiccionales por parte de un ente de la Administración, compuesto por facultativos de la salud, sin aptitud para dirimir cuestiones judiciales. La exigencia de un dictamen jurídico previsto en el art. 11 del dec. 1278/2000, incorporando el apart. 5° al art. 21 de la ley, no salva la falta del debido proceso. El abogado dictaminante, al igual que las comisiones médicas, depende del poder administrador.

El procedimiento carece de garantías para la víctima, dado que el mismo y la decisión final no están dirigidos por un órgano jurisdiccional independiente, con estabilidad interna y externa en sus pronunciamientos, es decir, no son tramitados y dictados por el juez natural sino por la Comisión Médica Central.

A lo expuesto, cabe agregar que al no haberse requerido el patrocinio jurídico obligatorio para transitar estos procesos, se configura una omisión inadmisibles, pues se deja a los trabajadores en una situación de inferioridad y desigualdad que resulta violatoria de expresas garantías constitucionales.

Como consecuencia directa de dichas fallas, esta vía administrativa no ha resultado amigable para su adopción en la práctica. No es visualizada ni es elegida de modo extendido en la cultura jurídica vigente, porque además se admite de modo arraigado, que la sede propia para la dilucidación de estas cuestiones es la justicia laboral

ordinaria.

Cabe aclarar que tras la admisión de la enfermedad por parte de la Comisión Médica Central, los montos correspondientes a las prestaciones de la LRT que deba afrontar la ART, podrán ser recuperados por ésta del Fondo Fiduciario de Enfermedades Profesionales [art. 2º, inc. b), dec. 590/1997].

La doctrina sentada por la Corte Suprema en los casos "Venialgo" (9) y "Marchetti", (10) coherente con el criterio ya expuesto en el caso "Castillo" (11), concluye que habiendo sido declarada la materia de accidentes de trabajo como de derecho común, e interviniendo en las mismas sujetos de derecho privado, como son los trabajadores y las ART, no se justifica la federalización del procedimiento, ni por lo tanto la intervención de las Comisiones Médicas, ni la Justicia Federal de la Seguridad Social, sino que le corresponde intervenir, en estos diferendos, a la Justicia Nacional del Trabajo.

En el caso "Obregón", (12) la Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad de las comisiones médicas. Para así decidirlo no solo tuvo en cuenta las razones expuestas en "Castillo" —a las que remite— sino que incorporó un argumento nuevo: imponer a la víctima el paso por una vía administrativa previa significaba retrasar injustificadamente el acceso a la jurisdicción civil. Se trata de una inconstitucionalidad absoluta aplicable a todos los casos con carácter general ya que, dada su materia, no resulta pensable que las CCMM sean constitucionales a veces sí y a veces no, según las singularidades de cada caso. Tratándose de un vicio de incompetencia *ratione materiae* afecta además al orden público ya que no está disponible para las partes apartarse consensualmente de las asignaciones jurisdiccionales de la Constitución. (13)

Luego de la declaración de inconstitucionalidad de las CCMM que se expanden a todo el procedimiento especial, incluso al dec. 717/1996, queda un vacío de regulación que admitiría que las partes en ausencia de divergencia acuerden los alcances de la reparación, sin embargo esos pagos realizados en forma privada, no intervenidos administrativa ni judicialmente, resultan solo computables como pagos a cuenta (art. 260 LCT). No tendrían efecto cancelatorio ni transaccional por ser insuficientes para satisfacer los recaudos exigidos por el art. 15 de la LCT. (14)

De acuerdo a la doctrina de la Corte Suprema, esta intervención de la Justicia del Trabajo puede producirse cuando haya o no un pronunciamiento previo de la Comisión Médica.

Por lo tanto, pueden darse dos supuestos:

- el damnificado se dirige directamente ante la Justicia del Trabajo sin transitar por la vía administrativa de las comisiones médicas, en cuyo caso y en virtud de la doctrina del fallo "Castillo", dicha Justicia decide directamente el conflicto entre el trabajador y la ART, como cualquier otro dañado de nuestro sistema jurídico, aplicando las normas de procedimiento locales;

- o que habiendo intervenido previamente la Comisión Médica, dados los argumentos vertidos por la Corte en los tres casos referidos, no exista justificación para que la revisión de tales decisiones quede en manos de la Justicia Federal de Primera Instancia en las provincias, o en manos de la Justicia Federal de la Seguridad Social en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En consecuencia, también en este último supuesto actúa la Justicia del Trabajo, pues carece de sentido aplicar la vía recursiva de la LRT ante los tribunales federales, ya que se trata de conflictos contenciosos locales que no corresponde que terminen siendo juzgados por tribunales de esa naturaleza.

Por ende, resulta admisible en el caso de enfermedades listadas o no listadas, accionar ante la Justicia laboral contra la ART por las prestaciones dinerarias del sistema e, incluso, reclamar la incorporación de la afección para el caso concreto, como enfermedad profesional (conforme arts. 2º y 11 del DNU 1278/2000 que modifica el art. 6º de la LRT y el dec. 410/2001).

IV. Tres nuevas enfermedades incorporadas al listado. Decreto del Poder Ejecutivo Nacional 49/2014. Restringido nexo de causalidad

Luego de sancionada la ley 26.773, por res. 915/2012 del Ministerio de Trabajo, se convocó al Comité Consultivo Permanente de la LRT en la que asistieron representantes y técnicos de CGT, CTA, UIA, CAME, CGERA y las cámaras de Comercio y de la Construcción y acordaron incorporar a la cobertura de las

Aseguradoras de Riesgos de Trabajo (ART) tres enfermedades. Definitivamente, el 13 de noviembre de 2012 se incorporaron las hernias inguinales, várices y hernias discales que pasan a integrar el listado de enfermedades profesionales, aprobadas por la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, con las siguientes particularidades y limitaciones.

Se incorporaron las hernias inguinales directas mixtas (excluyendo las indirectas y las hernias crurales, determinándose que las actividades laborales que pueden generar exposición son las tareas en cuyo desarrollo habitual se requiera carga física, dinámica, o estática, con aumento de la presión intrabdominal al levantar, trasladar mover o empujar objetos pesados. El agente es el aumento de la presión intrabdominal.

Quedan sujetas a la reglamentación de la SRT las normas complementarias tendientes a definir los valores límites de las tareas habituales, el peso y el tiempo de ejecución de aquellas. Se aclara asimismo que el plazo en el cual las tareas deben ser ejecutadas no debe ser inferior a tres años cumplidos en forma continua o discontinua.

Este plazo arbitrariamente establecido traerá controversias de todo tipo, dado que no contempla enfermedades sino enfermos, de modo tal que cada individuo responde en forma diferente, singular a cada estímulo y esfuerzo, no apareciendo sustentable este plazo como requisito de validación de la afección laboral.

Por otra parte, es bien sabido que la hernia inguinal se puede producir en un sólo acto, a veces imperceptible por el trabajador, al sentir un "tirón" o molestia a la que asigna carácter pasajero y luego se constata, con el correr del tiempo, la existencia de una hernia inguinal. En consecuencia, aun habiendo acaecido un evento dañoso de esta naturaleza por el hecho y en ocasión del trabajo, en el supuesto de un trabajador con una antigüedad inferior a tres años, no puede constituir un impedimento al resarcimiento del sistema el incumplimiento de la condición de esa falta de antigüedad mínima.

No parece adecuado con relación a los avances de la medicina laboral ni con aquellos que la jurisprudencia ha reconocido, incluso antes de la sanción de la ley 24.557.

Se establece asimismo la eximente de responsabilidad en el caso de invocarse las incapacidades preexistentes en el examen preocupacional, y en el caso de no haberse 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 o extralaborales que se desagregarán.

En segundo término se incorporan las várices primitivas bilaterales, en las tareas en cuyo desarrollo se requiera la permanencia prolongada en posición de pie, estática, y/o con movilidad reducida. También las tareas deben ser realizadas durante tres años como mínimo.

Se restringe a tres supuestos cuyas características principales son:

Bipedestación estática: bipedestación con deambulación nula por lo menos durante 2 horas seguidas;

Bipedestación con deambulación restringida: el trabajador deambula menos de 100 metros por hora durante por lo menos 3 horas seguidas;

Bipedestación con portación de cargas: bipedestación prolongada con carga física, dinámica o estática o aumento de presión intrabdominal;

Bipedestación con exposición a carga térmica: Trabajos con bipedestación prolongada en ambientes con elevada temperatura y humedad.

El agente es el aumento de la presión venosa en miembros inferiores.

La tercera categoría de enfermedades son las hernias discales de la región lumbo-sacra con o sin compromiso radicular que afecte a un solo segmento columnario, referidas a tareas que requieren de movimientos repetitivos y/o posiciones forzadas de la columna vertebral lumbosacra que en su desarrollo exijan levantar, trasladar, mover o empujar objetos pesados.

El agente es la carga de posiciones forzadas y gestos repetitivos de la columna vertebral lumbosacra.

El período de ejecución mínimo es de tres años.

No se sabe ni se aclara el porqué de los tres años que se repite como en los casos anteriores, cuando todo el mundo sabe que una hernia de disco puede presentarse en cualquier momento. No me imagino el supuesto en que la lesión por un esfuerzo realizado aparezca a los dos años y que le digan: "Siga así que dentro de un año se la consideramos". (15)

Este requisito generará controversias, porque el trabajador puede herniarse por un accidente laboral apenas ingresa a trabajar o al año y el decreto habla de su consideración recién a partir de los tres años, lo cual contradice todo lógica y criterio médico-legal.

En el Anexo I se incorporan las hernias de disco pero con las siguientes condiciones:

- 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.

Esto trae un inconveniente, ya que la mayoría de las discopatías son diagnosticadas como "lumbalgia", "lumbociatalgia" o "protrusiones discales" (desde el punto de vista anatómico). Las protrusiones discales para algunos médicos no llegan a ser una "hernia" porque el disco está deformado pero no hay rotura del mismo. Las ART y las CCMM interpretan el término "hernia" como rotura del disco, como vienen haciendo, quedarían fuera de cobertura todas las discopatías que no sean hernias o extrusiones discales, con lo cual no se cubre la mayor parte que son las "protrusiones".

En otro orden, cuando se trata de una hernia discal se menciona solamente a la "lumbosacra", es decir, solo a la que afecta los segmentos o discos inferiores de la columna. La columna se divide en las siguientes secciones: cervical, dorsal (o torácica), lumbar y sacra. Se excluyen de esa forma las hernias de la columna dorsal y cervical como extrasistémicas.

Otra cuestión es que, para estar incorporada, la hernia debe afectar solo un disco. Es decir que si el trabajador tiene afectación en más de un disco (ej. L4-L5 y L5-S1) la ART no reconocerá la patología como laboral.

Es decir que las limitaciones para el reconocimiento de la patología como laboral son varias:

1. Que sea hernia (excluyendo las demás discopatías tan comunes).
2. Que sea lumbar.
3. Que afecte un solo disco.

A su vez existen otros condicionamientos respecto del origen de la patología.

En efecto la norma requiere que la lesión haya sido producida por alguno de los siguientes agentes: posiciones forzadas y/o gestos repetitivos de la columna vertebral lumbosacra.

En ambos casos se requiere que en el desarrollo de la tarea se levante, traslade, mueva o empuje objetos pesados.

Como disposición común a las tres nuevas categorías de enfermedades contempladas en el Anexo aprobado por el Comité Consultivo se establece que 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.

El concepto utilizado es difuso y también dará lugar a controversias. Difiere del también litigioso de primera manifestación invalidante que utiliza la ley para establecer la vigencia de la mejoras de las prestaciones dinerarias.

Los obligados del sistema han querido subsanar los errores de la ley inicial al no incluir estas enfermedades, tan comunes en el mundo laboral, pretendiendo evitar a su vez la fuga hacia el derecho civil.

Sin embargo, como se puede observar en las condiciones de aplicación del nuevo listado y en las disposiciones comunes para las tres enfermedades, el criterio es restrictivo en la medida en que el resarcimiento está vinculado en forma limitada a la identificación del agente de riesgo, los cuadros clínicos y actividades, con capacidad para determinar por sí misma la enfermedad profesional.

La enfermedad reconocida no sólo tiene que estar en el listado, sino que también tiene que estar vinculada con el agente de riesgo (químico, físico o biológico) que la provocó o con la actividad en la que ella se produjo.

La LRT adoptó el criterio taxativo del listado cerrado de triple columna para identificar y reparar a las enfermedades profesionales, criterio seguido por el comité consultivo.

También ha sido señalado que la lista confeccionada por el PEN prevé una causa de la afección y el efecto, pero no tiene en cuenta que una causa puede producir muchos efectos, es decir, que distintas condiciones de trabajo (forma de prestar las tareas, mecánica laborativa y ambiente laboral), pueden provocar diversos efectos sobre la salud del trabajador.

En efecto, se limita en los hechos la cobertura a las enfermedades, al establecer que solo se indemnizarán las lesiones que fueron provocadas por causa directa e inmediata por la ejecución del trabajo, excluyendo los factores atribuibles al trabajador o ajenos al trabajador.

En otras palabras, ratificando el anacrónico art. 6° párr. 2° de la LRT se excluye de la cobertura de los casos en que la circunstancia laboral haya operado como factor concausal en la producción de la enfermedad. Esta discriminación entre la acción nociva endógena y exógena, entendiéndose por esto último al conjunto de riesgos laborales del puesto de trabajo, su intensidad, frecuencia y ritmo de acción, presenta dificultades que pueden resumirse en el conocido concepto de hombre promedio. Este concepto es, sin duda, una ficción estadística y sólo sirve para el cálculo económico o ingenieril, entre otras razones, para programar la producción. En la constitución humana, la regla no es el promedio sino la heterogeneidad. No somos todos iguales en virtud de los siguientes aspectos a considerar: la edad; el sexo; el estado de salud preexistente; la información de los individuos; la formación y calificación profesional; las capacidades psicomotrices, psíquicas y mentales; las expectativas o aspiraciones de cada uno y la influencia ecológica del medio ambiente. [\(16\)](#)

El espíritu, fue excluir la aplicación de la doctrina de la indiferencia de la concausa, limitando el concepto de enfermedad a aquellas afecciones causadas directa e inmediatamente por la ejecución del trabajo.

En otro orden, en relación a las incapacidades preexistentes, como eximente de responsabilidad puede amparar situaciones de antijuridicidad, porque en el examen preocupacional carece de bilateralidad y control suficiente.

También se establece en la parte final de las disposiciones comunes que: 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.

Es decir que las nuevas enfermedades serán resarcidas, conforme los requisitos ya analizados y el restrictivo nexo de causalidad, sólo cuando el hecho generador se produzca luego de la sanción del decreto reglamentario que legalice lo aprobado por el Comité Consultivo Permanente de la Ley de Riesgos del Trabajo.

Esta legalización se produjo a partir del dictado del decreto del Poder Ejecutivo Nacional 49/2014 dictado el 14 de enero de 2014.

Entre sus considerando la referida norma dice que: tal como surge del Acta suscripta por los asistentes el 13 de noviembre de 2012, el Comité Consultivo Permanente, integrado por representantes de las organizaciones de trabajadores y empleadores, se pronunció de forma unánime respecto de la inclusión de los siguientes agentes al Listado de Enfermedades Profesionales: aumento de la presión intraabdominal; aumento de la presión venosa en miembros inferiores; carga, posiciones forzadas y gestos repetitivos de la columna vertebral lumbosacra. Que con fecha 19 de noviembre de 2012, la Comisión Médica Central emitió dictamen favorable.

También se dispone por este dec. 49/2014 aprobar lo establecido por el Comité Consultivo Permanente en cuanto a la modificación de la Tabla de Evaluación de Incapacidades Laborales.

En relación a la inclusión de las nuevas enfermedades aprobadas por el Comité Consultivo Permanente se determinó un lapso de adecuación por un período de tiempo determinado mediante la aplicación del Fondo Fiduciario para Enfermedades Profesionales, creado por el dec. 590 del 30 de junio de 1997, con las modificaciones introducidas por el dec. 1278 del 28 de diciembre de 2000.

De tal modo, el art. 3° del dec. 49/2014 dispone en su parte pertinente: c) el costo de las prestaciones otorgadas por enfermedades que se incluyan a partir de la fecha de vigencia de la presente incorporación en el listado previsto en el art. 6°, apart. 2° a) de la ley 24.557; en un ciento por ciento (100%) el primer año y un cincuenta por ciento (50%) el segundo año, a contar desde su inclusión en el Listado de Enfermedades Profesionales. A partir del tercer año, las prestaciones estarán íntegramente a cargo de las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo.

Mediante esta disposición se libera inicialmente de responsabilidades indemnizatorias a las ART, descargándose dicha responsabilidad sobre el Fondo, beneficiando a los empleadores asegurados a los cuales mediante este sistema se los exime durante estos primeros años de aumentos en las alícuotas del seguro por estas nuevas enfermedades aseguradas.

Por último cabe destacar que, al ratificarse los criterios originales, se sigue determinando la incapacidad mediante el cuestionado método de la capacidad residual. Esto significa que si en el examen preocupacional se detecta una limitación funcional, la capacidad del trabajador será el 100% restante. Esto significa que para la evaluación de la incapacidad por siniestros sucesivos, simultáneos, siempre se empleará el criterio de la capacidad restante.

Incluso si se trata de lesiones o afecciones atribuidas a un único accidente, también se emplea el criterio de la capacidad restante, utilizando la incapacidad de mayor magnitud para comenzar la evaluación, prosiguiendo de mayor a menor con el resto de las incapacidades existentes.

Además, si se detectan todas las afecciones en el mismo momento se considera la de mayor incapacidad y así sucesivamente.

Este sistema —llamado método de Balthazard— resulta particularmente inequitativo e inaplicable para infortunios simultáneos o para un solo siniestro, pues corresponden a enfermedades contemporáneas que conforman un cuadro de déficit laboral, que sólo puede fijarse adecuadamente con la adición de las incapacidades parciales resultantes de cada una de aquellas en tanto no se ha invocado ni acreditado que su aparición en el tiempo haya ocurrido en forma escalonada o sucesiva, única hipótesis que autorizaría la aplicación de la mentada fórmula. [\(17\)](#)

V. Las leyes 26.693 y 26.694 ¿no habían acaso derogado los listados cerrados del art. 6° ap. 2° de la LRT?

El dec. 49/2014, como la ley 26.773, desconocen que 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. Ésta sustituye a la que figura en el anexo de la Recomendación sobre la lista de enfermedades profesionales y el registro y notificación de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales núm. 194 que fue adoptado en 2002.

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.

Esta nueva lista deberá ser tenida en consideración por todos los operadores jurídicos, a efectos del resarcimiento de las enfermedades no enlistadas por la LRT, pero que ya están incluidas en este listado confeccionado por el órgano tripartito internacional.

Según un comunicado brindado por el Consejo de Administración de la OIT, la nueva lista ha sido el resultado de una cuidadosa preparación técnica y negociación política, que han incluido consultas con los mandantes tripartitos, reacciones de los Estados miembros, el análisis de los factores de riesgo nuevos y emergentes en el lugar de trabajo, el examen de la práctica nacional en el reconocimiento de enfermedades profesionales, la evaluación del desarrollo científico internacional en la identificación de enfermedades profesionales y el examen

y la revisión por parte de las reuniones tripartitas de expertos. Los criterios utilizados por los mandantes para decidir qué enfermedades han de ser consideradas en la lista actualizada, incluyen: que exista una relación causal entre la enfermedad y un agente; una exposición o un proceso de trabajo específico; que la enfermedad ocurra en relación con el ambiente de trabajo y/o en ocupaciones específicas; que la enfermedad tenga lugar entre grupos de trabajadores afectados con una frecuencia que excede de la incidencia media en el resto de la población y que haya evidencia científica de un patrón bien definido de la enfermedad, tras la exposición y verosimilitud de la causa. [\(18\)](#)

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 mismo Congreso Nacional en el año 2011.

No sólo la ley 26.773 en su art. 9º contradice las leyes precedentes, sino que el Comité Consultivo ha ampliado el listado con tres nuevas categorías de enfermedades pero insistiendo con el criterio de causalidad restrictivo e inmediato de la ley original, desconociendo los criterios amplios contemplados en los nuevos Convenios de la OIT, ratificados por los mismos legisladores que sancionaron el nuevo texto legal.

VI. El listado cerrado de la ley especial es más restrictivo que el concepto de enfermedad en el derecho civil: un verdadero contrasentido

6.1. Responsabilidad por las consecuencias inmediatas y mediatasprevisibles

Según las disposiciones comunes del nuevo listado ratificando los criterios originales de la ley 24.557 y del DNU 1278/2000, son indemnizables exclusivamente las consecuencias inmediatas y directas de la ejecución del trabajo.

Esta visión es anacrónica incluso respecto del propio derecho civil que establece una serie de reglas fundadas en el juicio de probabilidad de mayor amplitud reparatoria, que abarca las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles del evento dañoso. La definición de las mismas es la siguiente:

1) Consecuencias inmediatas: se presume de modo indubitable, en virtud de su propia naturaleza, que ese resultado es previsible en razón de que acostumbra a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas y no depende de la conexión con otro hecho, siendo estas consecuencias imputables al autor del hecho. Hay una relación directa entre la causa y el resultado como, v.gr., una fractura por una caída de un andamio. Estas son las únicas consecuencias que admite el listado de la ley especial, tanto el nuevo como el anterior.

2) Consecuencias mediatas: resultan de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto. Se responde en la medida en que siendo previsibles, empleando la debida atención y conocimiento sobre la cosa, no son consideradas por el agente dañante. El juez debe efectuar un juicio de probabilidad en abstracto y de encontrar que no se ha previsto el daño cuando debía prevérsele, determina la extensión de la responsabilidad por la totalidad del daño inferido. La LRT no admite el resarcimiento de estas consecuencias mediatas previsibles.

3) Consecuencias casuales: son aquellas consecuencias mediatas no previsibles y, por lo tanto, se imputan al autor sólo cuando la acción de éste haya sido dirigida a la consecución de ese improbable resultado. Si las consecuencias no han podido ser previstas no son imputables al causante. Por ejemplo, si por las curaciones e intervenciones quirúrgicas por las fracturas y, con motivo de la internación, el trabajador contrae una infección intrahospitalaria, ésta debe ser considerada una consecuencia mediata previsible, casual y, por lo tanto, ese daño no será resarcido por el principal (sin perjuicio de la responsabilidad que le cupiere al prestador del servicio médico o a una aseguradora en caso de mala praxis médica).

Los principios señalados derivan de lo prescripto en los arts. 901 a 906 del Código Civil interpretados armónicamente con los arts. 512, 909 y 1198 del mismo cuerpo normativo.

Precisamente, la Corte Suprema al desestimar el sistema de numerus clausus de la LRT en "Silva" cuanto solo repara los daños determinados por las enfermedades "listadas" y rechaza resarcir las enfermedades que no están en el listado —más allá de que reconozcan, en el caso puntual, el nexo causal con el factor laboral—, determinó que contradice el principio de no dañar, consagrado en el art. 19 de la Carta Magna e hizo especial hincapié en el nexo de causalidad adecuado entre el daño y la actividad laboral.

En materia de enfermedades, se plantea con harta frecuencia la extensión del resarcimiento del daño que sufre

el trabajador, al tener una predisposición orgánica, en estado latente, que se exterioriza al sufrir la lesión en su integridad psicofísica, a consecuencia de la responsabilidad objetiva o subjetiva del dador de trabajo.

De acuerdo a las disposiciones comunes del nuevo listado, reiterando los criterios anteriores no existe resarcimiento si no hay relación directa entre el daño y la actividad, excluyendo la labilidad del trabajador.

En cambio de acuerdo al art. 904 del Código Civil, esta predisposición del damnificado no puede significar una limitación de la reparación de todo el daño sufrido que guarde nexos causal adecuado con el trabajo, fuese éste el factor exclusivo directo inmediato o no.

Esta sería una consecuencia mediata del acto antijurídico que debe ser reparado en su totalidad, ya que la llamada predisposición orgánica del trabajador es un hecho previsible y cognoscible para el principal y su aseguradora a través de los exámenes médicos preocupacionales, periódicos, anuales o menores y las obligaciones establecidas por la ley 19.587, el dec. 351/1979 y demás decretos reglamentarios y resoluciones de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo. Esta predisposición del damnificado a contraer determinadas enfermedades no es un hecho desconocido para el empleador, sino que es un hecho previsible si cumple con las cargas legales de conocimiento. Por lo tanto, esta labilidad y el daño resultante conectado con el infortunio laboral es una consecuencia mediata previsible, que debe ser asumida íntegramente por el agente dañante y recae enteramente en su ámbito de responsabilidad.

6.2. Los exámenes médicos permiten prever el daño

En este sentido y en relación con las posibilidades del empleador y su aseguradora de conocer las predisposiciones orgánicas de los trabajadores, cabe hacer una especial referencia a la res. SRT 37/2010 publicada en el Boletín Oficial el 20/01/2010 que ratifica y especifica el régimen de cinco tipos de exámenes de salud [\(19\)](#) diferenciados:

- a) Preocupacionales o de ingreso;
- b) Periódicos;
- c) Previos a una transferencia de actividad;
- d) Posteriores a una ausencia prolongada;
- e) Previos a la terminación de la relación laboral o al egreso.

En consecuencia, en el marco del derecho civil, para eximirse de responder enteramente por el daño sufrido por la víctima, el principal deberá probar que aun cumpliendo con las cargas legales de contralor de la salud de su dependiente, impuestas por la normativa de Higiene y Seguridad, la predisposición del trabajador no era conocida ni podría llegar a tomarse conocimiento de ella, a pesar de habersele practicado los exámenes precedentemente enumerados y establecidos por la res. SRT 37/2010. Sólo en este supuesto podrá evitar la responsabilidad por la totalidad del daño que sufra el trabajador y limitar el resarcimiento a las lesiones exclusivamente producidas por el infortunio, excluyendo la mal llamada concausa, que no es otra cosa que la alteración anormal o interrupción del curso de la relación causal.

Por lo tanto, la teoría de la exclusión de la concausalidad en el resarcimiento del daño laboral fundado en el derecho común, dogmáticamente repetida por juristas y médicos, es realmente ajena al sistema de responsabilidad diseñado por el Código Civil.

Como señalan Moisés Meik y Oscar Zas, de la fórmula empleada por el art. 904 del Código Civil se desprende que para la atribución de los efectos al autor del hecho, es suficiente la previsibilidad abstracta de tales consecuencias, las haya previsto realmente o no. No se investiga la aptitud intelectual o de comprensión de un sujeto dado, sino que se confronta el acto con la conducta genérica, jurídicamente exigible según la previsibilidad de un hombre común que actúa con la prudencia y solicitud que las circunstancias requieran. Es el curso natural de las cosas —o su curso natural y ordinario— lo que prevalece y no la previsibilidad subjetiva del daño mismo. [\(20\)](#)

En consecuencia, agregan acertadamente los citados autores, "hay conexión causal entre un acto y un resultado cuando ese acto ha contribuido de hecho a producir un resultado —es decir, ha sido una de las condiciones sine qua non de él— y, además, debía normalmente producirlo, conforme el orden natural y ordinario

de las cosas (art. 901, Cód. Civil). El hecho, interpuesto entre el hecho principal y la consecuencia, es dentro de la teoría de la causalidad adecuada, un hecho que el autor debió prever, empleando la debida atención y conocimiento de las cosas". (21)

En conclusión, la predisposición orgánica del trabajador para contraer enfermedades no desplaza ni interrumpe el nexo de causalidad entre el riesgo de la cosa y el daño, debiendo el empleador resarcirlo íntegramente, por tratarse de consecuencias mediatas previsibles (conforme arts. 901, 902, 904, Cód. Civil). (22)

Como puede cotejarse, el régimen del Código Civil a la luz del fallo "Silva" confiere una extensión más amplia al nexo de causalidad y un mayor resarcimiento que el régimen especial. Un verdadero contrasentido.

El caso "Silva" no sólo cuestiona el listado cerrado del art. 6° párr. 2° de la LRT en su versión original, sino que también, implícitamente, descalifica la supuesta apertura del decreto de necesidad y urgencia 1278/2000. En efecto, el DNU citado sólo admitía la apertura del listado respecto de la enfermedad que la Comisión Médica Central declare por excepción, como consecuencia directa e inmediata de la ejecución del trabajo, excluyendo la influencia de los factores constitucionales atribuidos al trabajador, o que estén originados por causas ajenas al empleo.

Para la procedencia de la reparación de los daños laborales, sobre la base del derecho común, la mayoría de la Corte estableció como único requisito, sin ninguna otra limitación, la existencia de los presupuestos de la responsabilidad civil.

En definitiva, se consolidó la doctrina de que las enfermedades laborales que afecten a los trabajadores que no se encuentren en el listado incluido en el decreto 658/96 o que hayan sido rechazadas por los operadores del sistema (ART y comisiones médicas), dan derecho a los damnificados a la reparación integral sobre la base del derecho civil, en la medida que exista un nexo de causalidad adecuada entre la afección constatada y la actividad laboral prestada a favor del empleador.

VII. Inexistencia del régimen de opción excluyente del art. 4° de la ley 26.773 en las enfermedades extrasistémicas

La ley 26.773 no ha modificado el art. 6° de la ley 24.557 y, según el art. 1° de este mismo cuerpo normativo, sigue vigente en lo que no ha sido objeto de reforma la ley 24.557, así como los decretos del Poder Ejecutivo Nacional 1278/2000, 1694/2009 y demás disposiciones complementarias y reglamentarias.

Por lo tanto, las enfermedades no incluidos en el listado —como todos los infortunios rechazados o no reconocidos por la ley, las aseguradoras o los órganos del sistema—, al no tener la cobertura de la ley 24.557 y sus normas modificatorias, no obliga a los damnificados a atravesar el procedimiento del art. 4° de la ley 26.773, de modo que no están alcanzados por sus limitaciones.

Por otra parte, surge del primer párrafo del art. 4°, ley 26.773, que menciona el pago de la reparación dineraria propio de la ley especial, que precisamente no es el objeto de acciones fundadas en la doctrina del fallo "Silva", en la cual por carecer de reparación dentro del sistema, por los motivos que fueran, sólo se reclama el resarcimiento al empleador fundado en el derecho civil, sin transitar por el procedimiento de la ley ni en consecuencia el previsto en este primer párrafo mencionado.

Es decir que el trabajador tiene derecho a accionar directamente contra el empleador causante del daño fuera del sistema de opción excluyente con renuncia, porque el damnificado nunca pudo percibir las prestaciones dinerarias del régimen especial, siendo competente en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires la Justicia Nacional del Trabajo, en virtud de que el art. 17, inc. 2°, de la ley 26.773 es aplicable exclusivamente a los supuestos alcanzados por la opción de los tres primeros párrafos del art. 4°, no aplicable a estos supuestos de daños extrasistémicos.

Si la enfermedad no está incluida en las contempladas en el listado del art. 6° apart. 2°, no le es oponible la valla del art. 4° de ley 26.773 porque no hay acumulación de sistemas de responsabilidad, ya que se reclaman daños no contemplados en el sistema especial .

Todo daño laboral no incluido en el sistema especial se puede reclamar en virtud de la doctrina "Silva", no debiendo el damnificado hallarse afectado por el sistema de opción y espera del régimen diseñado en el art. 4° de

la ley 26.773 para poder promover la acción judicial.

Esta vía judicial extrasistémica no sólo no está sujeta al régimen de opción previsto por el art. 4° de la ley 26.773; sino que tampoco se le aplica el régimen procesal del último párrafo de dicho artículo y, por lo tanto, es indiscutible la competencia de la Justicia Nacional del Trabajo en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires.

Cabe destacar que cualquiera sea el motivo que lo ocasionara, el hecho de que la ART no ponga en funcionamiento los pasos previstos en el primer párrafo del art. 4°, se suprime la condición previa indispensable para que rija el régimen de opción previsto en los incisos segundo y tercero del mismo artículo.

Se trata de los casos frecuentes de que el empleador no denuncie el siniestro, o la ART niegue o rechace la denuncia con cualquier fundamento, v.gr., inexistencia del hecho, negativa de la relación de causalidad, culpa excluyente o dolo de la víctima, enfermedad preexistente, entre los más comunes.

Para que el trabajador opte en los términos del régimen legal, debe ser notificado por la ART. Si ésta no lo hace porque no reconoce el siniestro el trabajador no está sometido a ninguna disyuntiva excluyente y puede accionar acumulativamente contra la ART, reclamando las indemnizaciones tarifadas —si considera que la negativa es infundada— y la reparación integral del daño contra el empleador y, eventualmente, también contra la ART en virtud de la doctrina "Torrillo" de la Corte Suprema.

El caso que estamos analizando (sobre las enfermedades no listadas), nunca podría tener reparación dentro del sistema y por lo tanto no sería objeto de resarcimiento alguno. Tampoco implicaría el inicio del procedimiento de determinación de la incapacidad y demás requisitos previstos en el primer párrafo del art. 4° de la ley 26773 y, consiguientemente, no regirían los demás párrafos, referidos a opción, competencia civil, etcétera.

En estos casos al no activarse el primer párrafo del artículo no existe opción excluyente con renuncia sino el mismo cúmulo vigente conforme la doctrina de los fallos "Aquino" y "Llosco".

VIII. Imposición objetable de listados y baremos

El art. 9° de la ley 26.773 establece: 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 658/1996 y a la Tabla de Evaluación de Incapacidades prevista como Anexo I del decreto 659/1996 y sus modificatorios, o los que los sustituyan en el futuro.

Esta redacción constituye una abierta afectación de la capacidad autónoma de los jueces de determinar las incapacidades, exclusivamente sobre la base de las pautas rígidas establecidas por el listado cerrado de enfermedades confeccionado por el Poder Ejecutivo Nacional.

Es evidente que se trata de una ratificación del legislador del intento de unificar los criterios de la determinación de las incapacidades y que se refiere a las enfermedades previstas en tales instrumentos.

Más allá de la intención abarcadora, esta directiva del art. 9° de la ley 26.773 no podría aplicarse cuando se trata de enfermedades no reconocidas por la LRT y los órganos del sistema y, por lo tanto, se podrán incorporar otros sistemas, criterios o evaluaciones por tratarse de circunstancias diferentes.

Más que un intento de garantizar un trato igual a los damnificados, como expresa la norma, subyace la pretenciosa intención de someter a todo el Poder Judicial —cualquiera sea el régimen de reparación que exista— a los criterios de la cuestionada lista cerrada de enfermedades del régimen especial y su restringido nexo de causalidad que determina la responsabilidad del dañante, solo por las consecuencias inmediatas del daño inferido, excluyendo las mediatas previsibles.

Por otra parte, si se reclama por fuera del sistema de acuerdo con la doctrina "Silva" de la Corte Suprema o por otro régimen de responsabilidad como habilita el art. 4° de la ley 26.773, la misma disposición señala que si se lo hace por esta vía civil se aplicará la legislación de fondo y de forma y los principios del derecho civil. En consecuencia, el listado y las tablas a los que remite el art. 9° —no sin contradicción— podrían aplicarse bajo esta pretendida uniformidad de evaluación de incapacidades, establecida exclusivamente para el régimen especial por parte de la ley 24.557 y sus decretos reglamentarios. En este escenario, existiendo un caso de concurrencia

normativa sólo hay una forma de resolver el conflicto planteado, es decir, aplicando la norma más favorable para el trabajador (art. 9º, LCT).

En verdad se trata de otro despropósito y mala praxis legislativa, que deberá resolverse pretorianamente y la aplicación de este último será difícil de imponer a los jueces.

IX. Conclusiones

En lo que se refiere a los reclamos por enfermedades extrasistémicas fundadas en el derecho civil durante la vigencia de la ley 26.773 cabe concluir:

1. No le son oponibles a estas acciones el régimen de opción previsto en los párrafos primeros tres párrafos del art. 4º de la ley 26.773.

2. Sigue rigiendo plenamente la doctrina de la Corte federal en el fallo "Silva".

3. La reparación de las enfermedades no listadas no radica en la antijuridicidad de la actividad del empleador ni en la imputación de determinado riesgo, sino en las exigencias de la justicia conmutativa. Quien persigue su propio interés, aún lícito, y daña el derecho de otro debe indemnizar al perjudicado.

4. El nexo de causalidad adecuada que torna aplicable la responsabilidad civil, es el que surge de las reglas emergentes de los arts. 901 a 906 del Código Civil. Ello implica que la relación causal debe ser analizada de acuerdo al desarrollo regular de las circunstancias y la experiencia diaria. El análisis del caso debe ser hecho ex post facto, de acuerdo a un cálculo de probabilidades y de reglas de previsibilidad objetivas.

5. En el contexto del reclamo de las enfermedades laborales fundadas en la doctrina del fallo "Silva" la predisposición orgánica del trabajador para contraer enfermedades no desplaza ni interrumpe el nexo de causalidad entre el riesgo de la cosa y el daño, debiendo el empleador resarcirlo íntegramente, por tratarse de consecuencias mediatas previsibles (conforme arts. 901, 902, 904, Cód. Civil), normalmente conocidas o cognoscibles por el agente dañante, a través de los exámenes médicos previstos en la res. SRT 37/2010.

6. La acción contra el empleador fundada en la doctrina "Silva" fundada en la responsabilidad civil, no inhibe de reclamar conjuntamente ante la Justicia del Trabajo a la ART responsable, la reparación especial de las enfermedades no enlistadas fundada en el dec. 1278/2000, que estableció que puede ser considerada enfermedad profesional la afección no incluida en el listado confeccionado por el Poder Ejecutivo Nacional.

7. La acción especial fundada en el dec. 1278/2000 fue flexibilizada por la jurisprudencia en cuanto a la existencia de los factores causales y la actuación administrativa de las CCMM fue sustituida por la de los jueces.

8. El art. 9º de la ley 26.773 no podría aplicarse cuando se trata de enfermedades no reconocidas por la LRT y los órganos del sistema y no pueden imponérseles la aplicación de los listados legales a los jueces, de modo que éstos podrán evaluar las incapacidades de acuerdo a otros sistemas, criterios o evaluaciones porque se trataría de regímenes resarcitorios diferentes.

9. La situación jurídica sobre enfermedades laborales, tiene un marco resarcitorio dado por la base del listado y la causalidad que regula la Ley de Riesgos del Trabajo, que sigue siendo taxativo y limitado, y, por otro lado, tiene un marco de derecho generado por la reparación del Código Civil, sobre las enfermedades no contempladas en el listado.

(1) Fuente: Estadísticas oficiales de la SRT.

(2) SRT - Comunicado de Prensa, 13/12/2007, "Nueva forma de denuncia y registro de las enfermedades profesionales".

(3) LISI, Franco, Medicina del Trabajo, Buenos Aires: Nuevos Tiempos, 2008, pp. 589-590.

(4) GIORDANO, Osvaldo - TORRES, Alejandra - BETTIOL, Mara, Riesgos del Trabajo. La modernización de las instituciones laborales en la Argentina, Buenos Aires, Fundación del Trabajo, 1996, T. I, p. 92.

(5) TOSTO, Gabriel, en Riesgos del Trabajo, dirigida por RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge - FOGLIA, Ricardo, Capítulo VIII, "Contingencias", p. 370.

(6) VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, "Aspectos fundamentales de la Ley sobre Riesgos del Trabajo", TySS,

1995-744.

(7) CORTE, Néstor T. - MACHADO, José Daniel, Siniestralidad Laboral. Ley 24.557, pp. 379-82.

(8) CSJN, 18/12/2007, Recurso de Hecho, "Silva, Facundo Jesús c. Unilever de Argentina SA".

(9) CSJN, 4/12/07, "Marchetti, Néstor Gabriel c. LaCaja ART SA s/Ley 24.557".

(10) CSJN, 13/03/07, "Venialgo, Inocencio c. Mapfre Aconcagua ART".

(11) Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS), 2004/09/07, "Castillo, Ángel S. c. Cerámica Alberdi SA", L.L., 03/12/04, 5.

(12) O. 223. XLIV. Recurso de Hecho. "Obregón, Francisco Víctor c. Liberty ART", sent. del 17 de abril de 2012 firmada por los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni.

(13) MACHADO, José Daniel, "El inasible concepto de sede y trámite administrativo en la ley 26.773", Revista de Derecho Laboral, Actualidad, 2013-1, Rubinzal-Culzoni, p. 204.

(14) *Ibidem*.

(15) ROSTAGNO, Hugo, "Cambios en la ley y el Sistema de Riesgos del Trabajo", *Empresalud.ng*, Primera Revista Argentina de Salud, Trabajo y Medio Ambiente, N° 27, octubre 2012, p. 16.

(16) LISI, Franco, Patología del Trabajo. Análisis de la causalidad, Némesis, 1993, p. 98.

(17) CNAT, Sala IV, 29/12/08, "Orcellet, Hernán Alejandro c. Club Almirante Brown y otro s/Accidente".

(18) La Recomendación de la OIT expresa textualmente: "La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo: Convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, y congregada en dicha ciudad el 3 de junio de 2002, en su nonagésima reunión; tomando nota de las disposiciones del Convenio y la Recomendación sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981, y del Convenio y la Recomendación sobre los servicios de salud en el trabajo, 1985; tomando nota también de la lista de enfermedades profesionales anexa al Convenio sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, 1964, en su versión modificada en 1980; teniendo presente la necesidad de mejorar los procedimientos de identificación, registro y notificación de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, con el fin de determinar sus causas, establecer medidas preventivas, promover la armonización de los sistemas de registro y notificación y mejorar el proceso de indemnización en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales; teniendo presente la necesidad de contar con un procedimiento simple para mantener actualizada la lista de enfermedades profesionales; después de haber decidido adoptar algunas proposiciones relativas al registro y notificación de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, y al examen y actualización periódicos de una lista de enfermedades profesionales, tema que constituye el quinto punto del orden del día de la reunión, y después de haber decidido que dichas proposiciones revistan la forma de una recomendación, adopta, con fecha veinte de junio de dos mil dos, la siguiente Recomendación, que podrá ser citada como la Recomendación sobre la lista de enfermedades profesionales, 2002: "1. En el establecimiento, la revisión y la aplicación de sistemas de registro y notificación de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, la autoridad competente debería tener debidamente en cuenta el Repertorio de recomendaciones prácticas sobre registro y notificación de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, de 1996, y otros repertorios de recomendaciones prácticas o guías relativos a este tema que la Oficina Internacional del Trabajo pueda aprobar en el futuro. "2. La autoridad competente debería elaborar una lista nacional de enfermedades profesionales a los fines de la prevención, registro, notificación y, de ser procedente, indemnización de las mismas, mediante métodos adecuados a las condiciones y práctica nacionales y, de ser necesario, por etapas y previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores más representativas. Esta lista debería: "a) a los fines de la prevención, registro, notificación e indemnización, incluir por lo menos las enfermedades enumeradas en el cuadro I del Convenio sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, 1964, en su forma modificada en 1980; "b) Incluir, en la medida de lo posible, otras enfermedades que figuren en la lista de enfermedades profesionales que se recoge en el anexo de esta Recomendación; "c) Incluir, en la medida de lo posible, una parte titulada "Presuntas enfermedades profesionales". "3. La lista que figura en anexo a esta Recomendación debería ser reexaminada regularmente y actualizada mediante reuniones

tripartitas de expertos convocadas por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo. Toda lista actualizada que sea establecida de este modo, deberá ser sometida a la aprobación del Consejo de Administración y, una vez aprobada, reemplazará a la precedente y deberá ser transmitida a los Miembros de la Organización Internacional del Trabajo. "4. La lista nacional de enfermedades profesionales debería ser reexaminada y actualizada teniendo en cuenta la lista más reciente establecida de conformidad con el párrafo 3 que antecede. "5. Cada Estado Miembro debería comunicar su lista nacional de enfermedades profesionales a la Oficina Internacional del Trabajo inmediatamente después de su elaboración o revisión, con el fin de facilitar el reexamen y la actualización periódicos de la lista de enfermedades profesionales que se recoge en el anexo de esta Recomendación. "6. Cada Estado Miembro debería proporcionar todos los años a la Oficina Internacional del Trabajo estadísticas exhaustivas sobre los accidentes del trabajo y las enfermedades profesionales y, cuando sea procedente, sobre los sucesos peligrosos y los accidentes de trayecto, con miras a facilitar el intercambio y la comparación internacionales de estas estadísticas".

(19) Los cinco tipos de exámenes médicos son: a) Preocupacionales o de ingreso: estos exámenes son obligatorios para el empleador, pudiéndose pactar con la Aseguradora de Riesgos del Trabajo que ésta los realice a cargo de aquel. El empleador puede tener a través de los mismos el conocimiento veraz del estado de salud del trabajador. Sin perjuicio de ello, parece oportuno señalar que no puede darse a los estudios previos al ingreso laboral un valor absoluto, ya que se trata de elementos de prueba generados unilateralmente por la parte interesada. Podría decirse que el valor de estos exámenes para demostrar que el trabajador ya ingresó con una determinada incapacidad va a depender esencialmente de la fundamentación científica y del aval de elementos de diagnóstico objetivos con que cuenten esos exámenes preocupacionales. La res. 37/2010 establece también que, además, de estos exámenes preocupacionales —en caso de preverse la exposición del trabajador a contratar a los agentes de riesgo previstos en el Listado de Enfermedades Profesionales— deberán efectuarse los estudios correspondientes a cada agente, detallados en el Anexo II de la propia res. 37/2010. b) Periódicos: tienen por objeto la detección precoz de afecciones que puedan ser producidas por los agentes de riesgo a los cuales el trabajador se encuentre expuesto en su actividad laboral, a fin de evitar el desarrollo de enfermedades profesionales. La res. 37/2010 establece en el Anexo II la frecuencia y requisitos que deben tener los exámenes periódicos a cargo de la ART, así como la realización de un examen clínico anual. El incumplimiento de esta obligación de acuerdo con los requisitos de la res. 37/2010 SRT y sus Anexos, determinaría la incursión de la ART en las omisiones a sus deberes legales, tornándola civilmente responsable en los términos del art. 1074 del Código Civil. c) Previos a una transferencia de actividad: la Resolución no es muy precisa en lo que se entiende por "transferencia de actividad", pudiendo comprender la transferencia de establecimiento, como a la de titular o al cambio de tareas del trabajador bajo el mismo patrono, siendo responsabilidad del empleador. d) Posteriores a una ausencia prolongada: estos exámenes, de carácter optativo y de responsabilidad por parte de la ART y los empleadores autoasegurados, tienen el objeto de verificar la existencia de patologías. La norma no define el supuesto y dispone que los obligados tengan la facultad para determinar los criterios a fin de considerar cuándo se configura la "ausencia prolongada". Las aseguradoras, en tal caso, deberán comunicar esos criterios a los empleadores afiliados. e) Previos a la terminación de la relación laboral o al egreso: se trata de estudios destinados a comprobar el estado de salud del trabajador que egresa de la empresa en vinculación con los factores de riesgo a los que estuvo expuesto durante su desempeño, a los fines del "tratamiento oportuno de las enfermedades profesionales" y para la detección de eventuales secuelas incapacitantes.

(20) MEIK, Moisés - ZAS, Oscar, "Los infortunios laborales y las acciones de derecho común", DEL, t. V, Errepar, pp. 277-297; CNAT, Sala V, 26/05/2010, sent. 94.705, Expte. 20.538/2008, "Rivadaneira, Lidia Teodora c. Química Estrella SA y otro s/Accidente-Acción Civil" (voto del Dr. Oscar Zas).

(21) *Ibidem*.

(22) *Ibidem*.