

IMPLICANCIAS DE LA LEY 27.348: UN RETROCESO EN LA TUTELA DE LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES

PABLO ALBERTO GASQUET

ABSTRAC DE LA PONENCIA

El autor entiende, luego de un análisis doctrinario y jurisprudencial, que la reforma introducida por la ley 27.348 resultó insuficiente porque no subsanó las deficiencias del sistema de riesgo de trabajo e involucró en otros aspectos.

Señala que la norma es inconstitucional en cuanto delega la potestad jurisdiccional en la Comisión Médica porque sus integrantes no son juristas. Admite que el legislador puede establecer tribunales administrativos, siguiendo las pautas fijadas por la C.S.J.N., aunque señala que deberían estar integrados por juristas, pero la cuestión radica en que se asegure al trabajador una revisión judicial amplia y suficiente, que no se da con la reforma porque sólo concede el recurso de apelación en relación y con efecto suspensivo, lo que implica que el juez sólo conocerá sobre lo ya actuado en la instancia administrativa, sin que resulte posible la ampliación de la prueba producida, salvo que el juez, por excepción, y como medida de mejor proveer resuelva ordenar otras probanzas.

Sostiene que la norma debe garantizar que el trabajador tenga acceso directo y pleno al servicio de justicia, pudiendo plantearse como requisito previo la instancia administrativa del Seclo, en la cual se imponga la necesidad de un dictamen médico como requisito de validez para que las partes arriben a un acuerdo, contando el trabajador con asistencia letrada obligatoria, empero sin que los médicos desempeñen funciones jurisdiccionales. Para asegurar la imparcialidad del dictamen se podría determinar que el mismo provenga de un perito médico desinsaculado de un listado que provea el Ministerio de Trabajo, siendo sus honorarios a cargo del Estado y se solvente con el fondo de reserva. Asimismo, plantea que esa instancia administrativa tenga una duración de 60 días hábiles, tiempo suficiente para que el trabajador sea evaluado y las partes puedan arribar a un acuerdo. De lo contrario, se debe habilitar la instancia judicial plena, con la posibilidad que el trabajador interponga demanda y ofrezca la prueba que haga a su derecho, debiendo admitirse la vía judicial directa para cualquier tipo de reclamo basado en una relación laboral.

Sostiene que la vía recursiva prevista por la ley 27.348 vulnera la garantía constitucional del debido proceso y del juez natural previsto por el art. 18 de la Constitución Nacional, que prohíbe que las personas sean juzgadas por comisiones o excluidas de ser juzgadas por el juez natural en la materia, que en este caso es aquel con competencia laboral, ya que el infortunio se produce en el contexto de la existencia de un contrato de trabajo, resultando incuestionable su intervención, a la luz del precedente Faguada. Por la misma razón, propicia dejar sin efecto la competencia civil prevista por el art. 4 de la ley 26.773.

Por último, concluye que debe intervenir el juez de la jurisdicción donde el trabajador sufrió el accidente o contrajo la enfermedad que coincide con el lugar de ejecución del contrato de trabajo, lo que supone apegarse a la Constitución Nacional en cuanto atribuye a cada provincia el juzgamiento de los hechos existentes en su territorio, a la luz de la interpretación que debe darse a los arts. 5 y 6 de la Constitución Nacional, ratificando la competencia del juez laboral.

Sostiene que todas las prestaciones e indemnizaciones de la LRT se determinen sobre la base salarial prevista por el art. 208, L.C.T., por ser la que mejor refleja la capacidad de ingresos del trabajador, y en caso de mora, encontrará suficiente respuesta en la tasa de interés judicial que aplique el juez.

Por último, propone incrementar el mínimo de la pena para la sanción penal prevista por el artículo 32, incs. 3 y 4, de la ley 24.557, disponiendo que la misma no sea excarcelable, para disuadir al empleador de violar la LRT.

1. INTRODUCCION:

Desde el nacimiento de la Ley de Riesgo de Trabajo, siempre me pregunté cuál fue el sentido del nuevo régimen secular en materia de accidentes y enfermedades laborales y hasta qué punto el nuevo paradigma que planteó la reforma de riesgo de trabajo resultaba favorable a la tutela de los derechos del trabajador y en particular a su protección psicofísica. Cuando la norma entró en vigencia se afirmó el cambio del paradigma laboral en esta materia, sosteniendo que las leyes que la precedieron sólo se preocupaban por atacar las consecuencias del infortunio, cuando lo correcto era dirigir los esfuerzos a evitar las causas del mismo; es decir prevenir los factores de riesgo que dan lugar al infortunio ya que eliminando los mismos se evitaban las consecuencias dañosas. En otros términos, es más fácil atacar las causas que tener que lamentar las consecuencias. Luego con las sucesivas reformas introducidas por el Decreto 1.694/06¹ y la ley 26.773², se procuró corregir deficiencias que presentaba el sistema reparador de riesgo de trabajo hasta llegar a la sanción de la ley 27.348³, que supuestamente cerraba el circuito (cual si fuera el final de una trilogía normativa) que, en teoría, beneficiaba al trabajador dependiente frente a un infortunio laboral porque le daba la oportunidad de obtener una respuesta inmediata por parte de la Comisión Médica, con el debido control judicial amplio y suficiente.

Tal como he señalado en otros trabajos, al principio pensé que el nuevo régimen legal en materia de infortunios parecía una respuesta positiva para atender las necesidades de los trabajadores, empero con el devenir del tiempo y la jurisprudencia que se fue dictando sobre este tópico, me convencí que la reforma sólo había sido una involución en la tutela del trabajador damnificado. El principio de progresividad nos dice que las normas deben ser modificadas para mejorar los derechos de los trabajadores, empero este no fue el caso en materia de infortunios laborales, ya que sólo implicó limitar el derecho de los trabajadores a reclamar un resarcimiento tarifario, no siempre acorde al daño sufrido, vedando, en un principio, la posibilidad de promover acciones judiciales contra el empleador, salvo que mediara la existencia de dolo. Luego la reforma de la ley 26.773 concurrió para corregir errores del pasado, admitiendo la opción de la reparación integral y la actualización de las prestaciones dinerarias e indemnizaciones, empero tampoco proporcionó una solución definitiva y así llegamos a la sanción de la ley 27.348 que definitivamente nos alejó del

¹ B.O. 06/11/2009.

² B.O. 26/10/2012.

³ B.O. 24/02/2017.

paradigma que debe seguir toda norma laboral, esto es, tutelar al trabajador hiposuficiente, pues cercenó la posibilidad del acceso pleno a la justicia.

La Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, último intérprete de la Constitución Nacional, señaló que el sistema adolecía de importantes fallas al no otorgar al damnificado un resarcimiento integral y oportuno. Por caso, en el precedente Aquino⁴ sostuvo la inconstitucionalidad de la norma prevista por el art. 39 de la L.R.T.⁵ que vedaba al trabajador la posibilidad de demandar al empleador por la acción civil, salvo el supuesto precitado de dolo. Así como también lo hizo con otros artículos de la ley, tal como el fallo Ascua⁶ que cuestionó la validez del tope tarifado o el caso Lucca de Hoz⁷ en el cual se tornó evidente las mezquindades de la normativa de riesgo del trabajo o los fallos Castillo⁸, Venialga⁹, Marchetti¹⁰, Carrasco¹¹ y Obregón¹² en los cuales se declaró la invalidez de la competencia federal, porque palmariamente se trataba de excluir de manera injustificada la intervención de los jueces provinciales, en una materia que no fue delegada por las Provincias al Congreso de la Nación. Con posterioridad, en los fallos Espósito¹³ y el más reciente de Aiello¹⁴ vino a aclarar que el RIPTE debía aplicarse sobre el piso legal (y no sobre la fórmula prevista por la LRT), tomando aquel índice vigente al momento de producido el siniestro.

Lo que me pregunto, y motiva esta ponencia, es analizar si con la reforma introducida por la Ley 27.348 se avanzó progresivamente en la tutela de los derechos de los trabajadores o si, por el contrario, sólo se dictó una reforma para desactivar el posible colapso económico financiero de las ART, desprotegiendo a los trabajadores al privarlos de ser atendidos sus reclamos por el juez de trabajo que es el juez natural para escuchar sus peticiones. Anticipo mi opinión en el sentido que la reforma desprotegió a los trabajadores sin ninguna justificación legal que avalara ese camino tomado.

⁴ Fallo dictado el 21/09/2004.

⁵ B.O. 04/10/1995.

⁶ Fallo dictado el 10/08/2010.

⁷ Fallo dictado en noviembre de 2008.

⁸ Fallo dictado el 07/09/2004.

⁹ Fallo dictado el 13/03/2007.

¹⁰ Fallo dictado el 04/12/2007.

¹¹ Fallo dictado el 09/12/2009.

¹² Fallo dictado el 17/04/2012.

¹³ Fallo dictado el 07/06/2016.

¹⁴ Fallo dictado el 03/09/2019

2. LA LEY DE RIESGO DE TRABAJO Y LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR EL DECRETO 1.694/09 Y LA LEY 26.773:

La LRT preveía cuatro objetivos: 1) prevenir los riesgos del trabajo para evitar el infortunio laboral; 2) en el supuesto de no poder evitar que se produjera éste lograr al menos la reparación oportuna e integral del daño sufrido por el dependiente, incluyendo su rehabilitación; 3) procurar también su recalificación profesional con el objetivo de lograr su reinserción laboral y 4) promover medidas de prevención a través de la negociación colectiva para instaurar medidas de seguridad adecuadas a las características particulares de cada actividad.

La LRT comprendía al trabajador dependiente, tanto del sector privado como del público y aquel que desempeñara una carga pública. También preveía que por Decreto se incorporara a los empleados del servicio doméstico (hecho que recién se concretó a partir de noviembre de 2014); a los trabajadores autónomos, en una clara contradicción con el espíritu de la norma, ya que si bien siempre se la tildó de secular, coincido plenamente con la posición del Dr. Miguel Sardegna que siempre la calificó como una ley mercantilista, porque tenía claras referencias al derecho de seguros y tutelaba muy poco al trabajador; aquellos vinculados por relaciones no laborales (pasantes y becarios) y por último a los bomberos voluntarios.

En materia de contingencias se incluyó al accidente de trabajo (acontecimiento súbito y violento producido por el hecho o en ocasión del trabajo); a la enfermedad profesional (patología que altera el estado normal de la persona y que tiene origen en determinados factores de riesgo que se producen en determinadas actividades, con un listado cerrado de patologías) y al accidente in itinere (infortunio acontecido en el trayecto del domicilio particular al trabajo y viceversa con desvíos por cuestiones de pluriempleo, estudio o cuidado de un familiar no conviviente), dejando de lado la enfermedad-accidente, esto es, la patología que no tiene causa en la prestación laboral empero esta contribuye a su agravamiento, lo cual constituyó un error que la última reforma no subsanó, siendo que se trata de una contingencia donde la salud del trabajador se ve agravada por un factor con nexo causal en el trabajo, aunque la dolencia resultara de origen extralaboral.

La norma preveía un baremo cerrado de enfermedades profesionales, que sólo fue modificado en dos oportunidades, una con la introducción del decreto 1.167/03¹⁵, que agregó al listado las enfermedades del Hantavirus y el Mal de Chagas y del Decreto 49/2014¹⁶ que sumó las dolencias por lumbalgia y hernias (patologías cuestionadas durante varios años porque se prestaba a reclamos que no siempre tenían origen en la prestación de tareas). Algo que conspiraba contra el espíritu de la norma laboral, ya que dejaba de lado numerosas enfermedades que podían estar originadas en agentes de riesgo de origen laboral empero que al no estar incluidas dentro del Baremo del Decreto 658/96¹⁷ resultaban rechazadas como dolencias laborales.

En materia de incapacidades incluyó los supuestos de incapacidad transitoria, sin secuelas incapacitantes; la incapacidad parcial permanentes leve

¹⁵ B.O. 03/12/2003.

¹⁶ B.O. 20/01/2014.

¹⁷ B.O. 27/06/1996.

o grave y la incapacidad permanente absoluta, introduciendo la figura de la gran invalidez (persona que requiere asistencia permanente de un tercero, aspecto este último que no había sido incluido en las normas de accidentes de trabajo que la precedieron). También introdujo el tema de la provisoriedad de la incapacidad hasta que la Comisión Médica determinara el carácter definitivo de la dolencia, lo cual trajo mucha controversia en punto a determinar cuándo cesaba dicha provisoriedad. Afortunadamente este tema ya fue superado con las reformas introducidas por la Ley 26.773 y su decreto reglamentario 472/2014¹⁸ que pusieron fin a la incertidumbre que traía aparejado el estado de provisoriedad de la incapacidad durante un lapso que podía variar entre 36 y 60 meses.

En materia de prestaciones dinerarias, preveía las prestaciones transitorias y las indemnizaciones permanentes por incapacidad permanente parcial y total.

Sin embargo, lo más llamativo fue que introdujo la imposición del seguro de riesgo de trabajo obligatorio, algo que hasta ese momento no existía en nuestra legislación de manera compulsiva (sólo voluntaria) y la posibilidad del autoseguro, en la medida que el sujeto de derecho en cuestión tuviera solvencia económico financiera para garantizar el otorgamiento de las prestaciones de ley y asegurara los servicios necesarios para brindar las prestaciones asistenciales, por sí o por intermedio de terceros, conforme las pautas previstas por el Decreto 585/96¹⁹. La introducción de la figura del autoseguro permitió que el Estado considerara la posibilidad de autoasegurar a sus trabajadores, sobre la base que contaría con la infraestructura necesaria para brindar las prestaciones asistenciales y la solvencia económico financiera necesaria para otorgar las prestaciones dinerarias.

Lo cierto del caso es que la L.R.T no logró satisfacer las expectativas de los actores sociales, sino que generó más incertidumbres que aciertos. Por caso, la aplicación de la fórmula resarcitoria prevista en los artículos 14 y 15 resultó insuficiente, reconociendo al damnificado un resarcimiento insuficiente, inadecuado y tardío para satisfacer sus necesidades.

Como novedad introdujo la figura de la Comisión Médica, cuerpo administrativo colegiado encargado de dictaminar respecto de la existencia o no de una patología laboral, definiendo el carácter y el tipo de la incapacidad, así como también el alcance y contenido de las prestaciones asistenciales y cualquier controversia que se suscitara entre el trabajador y la ART, contando con la intervención de la Asesoría Jurídica para determinar la naturaleza laboral o no de un infortunio.

Asimismo, el empleador resultaba un tercero ajeno a toda la controversia, pues su única obligación era contratar un seguro de riesgo de trabajo y luego quedaba al margen del conflicto que se pudiera suscitar salvo que hubiese obrado con dolo, algo que en la práctica era casi imposible de probar y que la jurisprudencia se encargó de ir morigerando hasta interpretar que el empleador debía responder en todos los supuestos que se acreditara su responsabilidad civil subjetiva u objetiva, es decir, en todos los casos que hubiera incumplido con

¹⁸ B.O. 11/04/2014.

¹⁹ B.O. B.O. 11/06/1996.

su deber de seguridad, al no adoptar las medidas preventivas necesarias según la experiencia, la técnica, y las circunstancias particulares del caso.

Sin embargo la jurisprudencia de la C.S.J.N. fue derribando las dificultades que planteaba la LRT con sus reiterados fallos. Por caso, en el fallo Aquino dispuso la inconstitucionalidad del art. 39 de la L.R.T. que impedía promover el reclamo contra el empleador, salvo que mediara dolo de su parte.

Luego en los fallos Castillo, Venialgo, Marchetti y Obregón mencionados precedentemente dispuso la inconstitucionalidad de la competencia federal prevista por el art. 46 de la L.R.T. Esa norma específicamente estableció la competencia de la justicia Federal al indicar que la Cámara Federal de la Seguridad Social, era la encargada de efectuar la revisión judicial de la etapa administrativa. Sin embargo, de la lectura del art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional se puede apreciar que la Ley de Riesgos de Trabajo es una norma de derecho común, sin especificar si pertenece al ámbito del Derecho del Trabajo o de la Seguridad Social, su aplicación a los casos concreta está reservada "... a los tribunales Federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeran bajo sus respectivas jurisdicciones".

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció sobre el tema en los autos "CASTILLO, ANGEL SANTOS C/CERAMICA ALBERDI S.A. S/RECURSO DE HECHO DEDUCIDO POR LA SEGUNDA ASEGURADORA DE RIESGOS DEL TRABAJO S.A." con fecha 07/09/2004, declarando la inconstitucionalidad del artículo en cuestión en los siguientes términos (considerando 4º): "*Que, según lo esclareció esta Corte para octubre de 1917, y lo sostuvo de manera constante, las responsabilidades por accidentes de trabajo a que se refiere la ley 9688 y que nacen de hechos ocurridos en la ejecución o cumplimientos entre contratos entre patronos y empleados u obreros, son de carácter común (fallos 126:315, 324 y 325:328; asimismo fallos 129:223, 151:315, 162:79, 184:390, 228:357, 239:239, 242:182, 245:174, entre muchos otros), vale decir resultan sancionados por el Congreso con arreglo a las previsiones del art. 67, inc. 11 de la Constitución Nacional -actual art. 75, inc. 12 (fallos 248:781, 782 considerando 1 y sus citas)".*

Atento al concepto transcripto, es que el Máximo Tribunal afirmó que: "*... De ahí que, desde su instalación, la Corte haya sostenido que la competencia de los Tribunales Federales es, por su naturaleza, restrictiva, de excepción y con atribuciones limitadas a los caos que menciona el art. 100 - actual art. 116 (fallos 1:170, 190:170, 283:429 y 302:1209 entre muchos otros), tal como, por lo demás lo establece la ley 27, e incluso la ley 48 para lo concerniente a la competencia apelada extraordinaria del tribunal (art. 15). El art. 121 de la Constitución Nacional (originario 104) se emplaza en la misma línea ...".*

Luego en el considerando 5º del citado fallo concluye que: "*... por ende, no es constitucionalmente aceptable que la Nación pueda, al reglamentar materias que son como principio propias del derecho común, ejercer una potestad distinta de la que específicamente le confiere el citado art. 75, inc. 12... La Ley de Riesgos ha producido dos consecuencias incompatibles con la Constitución Nacional: impedir que la justicia provincial cumpla la misma misión que le es propia y desnaturalizar la del Juez Federal al convertirlo en magistrado de derecho común".*

La consecuencia de este trascendente fallo produjo que en lo sucesivo las víctimas laborales podrán recurrir directamente ante el Juez del Trabajo de cada jurisdicción, para que a través de las reglas de un procedimiento laboral puedan

accionar directamente contra la ART y/o su empleador para percibir las indemnizaciones correspondientes. Este aspecto no fue debidamente atendido con la reforma introducida por la Ley 26.773, y eso motivó que con la reforma de la ley 27.348, se zanjara definitivamente la discusión entre la competencia federal y la local y se inclinó por instaurar la competencia del juez de trabajo local, aunque de manera incompleta porque sólo estableció la intervención directa del magistrado cuando mediara un supuesto de irregularidad registral, mientras que en los restantes supuestos interviene en grado de apelación. Sin ninguna duda que toda controversia que involucra un accidente de trabajo o una enfermedad profesional debe ser resuelta por el juez con competencia laboral local, porque la parte procedimental no es competencia delegada por las Provincias a la Nación, conforme la regla general del artículo 121 de la Constitución Nacional. El problema radica en que la última reforma sólo admite la intervención del juez laboral en grado de apelación o cuando se trata de una relación laboral no registrada o cuasi registrada, cuando en realidad debe tener intervención en cualquier supuesto en que se analice las consecuencias jurídicas derivadas de un infortunio laboral y en esto radica mi crítica principal a la última reforma laboral.

El problema de la intervención del magistrado de manera recursiva, obsta a que exista una revisión judicial plena, tal como acertadamente señala Valentín Vidal en un muy interesante trabajo sobre este tópico.²⁰

Esta posición fue ratificada y ampliada por el Supremo Tribunal de la Nación en el caso "Venialgo", donde interpretó que las Comisiones Médicas son órganos administrativos de carácter federal, circunstancia que los inhabilita para actuar en materia de accidente, por las mismas consideraciones que las expuestas en el precedente Castillo. De tal modo, que en cualquier supuesto, haya o no intervenido con carácter previo la Comisión Médica, existe aptitud jurisdiccional por parte de la Justicia del Trabajo, tanto en el orden Provincial como Nacional.

Además de las razones expuestas por el Alto Tribunal cabe puntualizar que la disposición en crisis es inconstitucional por los siguientes motivos:

- a) Intenta sustraer el conflicto suscitado entre sujetos que actúan en la órbita del derecho privado al conocimiento de los órganos jurisdiccionales, con la consecuente violación de las garantías constitucionales de defensa en juicio, el juez natural y el debido proceso legal.
- b) Restringe la posibilidad de recurso judicial mediante un exceso reglamentario por parte del Poder Ejecutivo Nacional (art. 99, inc. 2, C.N.).
- c) Otorga facultades jurisdiccionales a un órgano administrativo, limitando el control judicial de sus actos (art. 109 CN).
- d) Limita el acceso a la Justicia de los Trabajadores siniestrados y la garantía de la tutela judicial efectiva y permanente.
- e) Efectúa una arbitraria distinción entre habitantes, limitando y/o restringiendo el derecho a la reparación de los daños sufridos por unos, por su sola condición de trabajadores en relación de dependencia y con ello se lesiona la garantía de la igualdad ante la ley (art. 16 CN).

²⁰ Vidal, Valentín, "Cuestionamientos y constitucionalidad de la ley 27.348", RDLS, número 22, noviembre 2017, Editorial Abeledo Perrot, págs. 2286/2290.

f) También lesiona el derecho de propiedad de los trabajadores, impidiendo reclamar ante los jueces naturales el resarcimiento de los daños causados en infortunios laborales.

g) Del mismo modo, se está afectando el principio de indemnidad, que es la base del Derecho del Trabajo (art. 19 CN), según el cual quien sufre un daño, tiene derecho a ser reparado por quien lo produjo.

A lo expuesto se puede sumar los fallos Milone²¹, Torales²² y Suarez Grinband²³ que cuestionaron el pago de las prestaciones mediante la figura de la renta periódica (aunque el convenio 17 de la OIT admite esta modalidad de pago); en las causas de Cachambi y Llosco²⁴ se admitió la posibilidad que el trabajador pudiera obtener la reparación tarifada de la ART y luego reclamar la diferencia por la reparación integral del Derecho Civil; por otro lado, en la causa Silva se cuestionó el número cerrado de enfermedades profesionales establecido por el Baremo 658/96 y en el fallo Torriolo²⁵ la C.S.J.N. dispuso la solidaridad de la ART por incumplimiento del deber de fiscalización previsto por el art. 1074 del Código Civil vigente en ese momento en nuestro país, y que encuentra su correlato en el artículo 1749 del actual Código Civil y Comercial de la Nación.

A todo evento, es de destacarse que tanto la doctrina como la jurisprudencia mayoritaria en la materia han sostenido que existiendo un pacto contractual, de origen legal entre las ART y las empresas, las Aseguradoras son no solamente responsables de brindar cobertura desde el punto de vista técnico y económico a las mismas, sino que también dentro de los objetivos que persigue la ley 24.557, las Aseguradoras poseen el deber de disminuir la siniestralidad laboral.

Ello así toda vez que las Aseguradoras deben como obligación las indicadas en los arts. 4 y 31 de la ley 24.557, el art. 18 del Dto.170/96²⁶ y las Resoluciones de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo 38/1996²⁷ y 231/1996²⁸, entre las que se puede mencionar: evaluación periódica de los riesgos existentes y su evolución, aspecto luego ratificado por el artículo 3 de la Resolución 37/2010²⁹, y sin que ello libere al empleador de la obligación prevista por el artículo 9 de la Ley de higiene y seguridad 19.587³⁰; visitas periódicas de control de cumplimiento de las normas de prevención de riesgos del trabajo y del

²¹ Fallo dictado el 26/10/2004.

²² Fallo dictado el 29/05/2007.

²³ Fallo dictado el 21/06/2008.

²⁴ Ambos fallos dictados el 12/06/2007.

²⁵ Fallo dictado el 31/03/2009.

²⁶ B.O. 26/02/1996.

²⁷ B.O. 15/04/1996.

²⁸ B.O. 27/11/1996.

²⁹ B.O. 20/01/2010.

³⁰ B.O. 28/04/1972

plan de acción elaborado en cumplimiento; tendrán acceso a la información necesaria para cumplir con las prestaciones de la LRT; podrán promover la prevención, informando a la S.R.T. acerca de los planes y programas exigidos a las empresas; mantendrán un registro de siniestralidad por establecimiento; informarán a los interesados acerca de la composición de la entidad, de sus balances, de su régimen de alícuotas, y demás elementos que determine la reglamentación; etc.

Pero además las ART deben por ley promover la prevención de riesgos, asesorando a sus empleadores afiliados en tales actividades y controlando que estos efectivamente cumplan con la normativa de seguridad e higiene en el trabajo, sobre todo aquellas que resulten más importantes en relación a la actividad que se desarrolle en cada empresa afiliada.

El Decreto 170/1996 prevé que las aseguradoras deberán brindar asesoramiento y ofrecer asistencia técnica a los empleadores en materias tales como determinación de existencia de riesgos y sus potenciales efectos sobre la salud de los trabajadores (art. 18 inc. a); normativa vigente en materia de higiene y seguridad (inc. b); y selección de elementos de protección personal (inc. c); y cumplimentar tareas permanentes de prevención de riesgos y control de las condiciones y medio ambiente de trabajo (art. 19), a cuyo fin entre otras obligaciones deberán vigilar la marcha del plan de mejoramiento y verificar el mantenimiento de sus niveles de cumplimiento (incs. a y b); y brindar capacitación a los trabajadores en técnicas de prevención de riesgos (inc. c). Incluso poseen la facultad de poder denunciar los incumplimientos que detecten al respecto.

Es decir que como sostiene la Jurisprudencia vigente en la materia, las ART poseen obligaciones de tres tipos: 1) Recomendación y prevención; 2) Supervisión y control; 3) Denuncia ante el ente supervisor.

En base a la existencia de estas obligaciones, se estableció en precedentes jurisprudenciales como "Rivero, Mónica E por sí y en representación v. Techo Técnica SRL", entre otros fallos, que no se configuraba frustración del resarcimiento por daños motivo por el cual se desestimó el planteo de inconstitucionalidad del art. 39 inc. 1 de la LRT, rechazándose la demanda contra el empleador.

En el mencionado precedente, el tribunal consideró que la eximición prevista por el artículo en cuestión sólo alcanza a los empleadores, mas no a las ART, quienes, en consecuencia, pueden ser responsabilizadas civilmente de configurarse los presupuestos de los arts. 512, 901/6, 1074 y cctes. del CCiv, hoy con su correlato en los artículos del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

Incluso se sostuvo que la responsabilidad de las ART fundada en el art. 1074 del CCiv. reconoce su fundamento en las propias disposiciones de la ley 24.557, que les impone a las mismas adoptar medidas legalmente previstas para prevenir eficazmente los riesgos del trabajo y por lo tanto la falta de adopción de dicha medidas constituye una conducta encuadrable en los presupuestos de los arts. 512 y 1074 del CCiv, que encuentra su correlato en el artículo 1749 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

Numerosos precedentes avalan la responsabilidad de la ART:

"... La ART, en estricto cumplimiento de sus deberes legalmente impuestos, debió exigir a su asegurada la capacitación del personal dependiente mediante adecuadas técnicas para ello y, además, que se provea a los empleados de los

efectivos elementos afines a su actividad, como así también garantizar el funcionamiento de los mismos a fin de evitar el acaecimiento de sucesos como el que motivó la presente acción, por lo que su omisión la torna responsable en los términos del art. 1074 del Código Civil ... "³¹"Es doctrina mayoritaria en nuestro derecho la que admite la responsabilidad, siempre que hubiera una obligación jurídica de obrar, y la ART está obligada al control del cumplimiento de las leyes de higiene y seguridad y a brindar asesoramiento y ofrecer asistencia técnica a los empleadores ... "³²

"... La ART no desplegó medidas preventivas, omitiendo de este modo el cumplimiento de los deberes de seguridad y vigilancia y control a los que estaba obligada, por lo que dicha conducta bien puede ser encuadrada en los términos del art. 1074 del Código Civil y habilita la condena de la misma. El incumplimiento de la ART la hace pasible de responsabilidad con fundamento en el Código Civil y la determinación de dicho quantum no es forfataria ni está sujeta a la aplicación de una fórmula legalmente establecida ... "³³

A mayor abundamiento, la Corte Suprema de Justicia en el fallo "TORRILLO" mencionado precedentemente convalidó que la responsabilidad de la ART en materia de accidentes de trabajo debe ser plena y no limitada al quantum resarcitorio previsto por la Ley 24.557, para el supuesto que se demuestren los presupuestos previstos por el Derecho Civil.

Al respecto en el considerando 8º) de ese fallo el Máximo Tribunal resolvió que: "... no existe razón alguna para poner a una ART al margen del régimen de responsabilidad previsto por el Código Civil, por los daños a la persona de un trabajador derivados de un accidente o enfermedad laboral, en el caso en que se demuestren los presupuestos de aquél, que incluyen tanto el acto ilícito y la imputación, cuanto el nexo causal adecuado (excluyente o no) entre dichos daños y la omisión o el cumplimiento deficiente por parte de la primera de sus deberes legales. Tampoco las hay, dada la variedad de estos deberes, para que la aludida exención, satisfechos los mentados presupuestos, encuentre motivo en el solo hecho que las ART no pueden obligar a las empleadoras aseguradas a cumplir determinadas normas de seguridad, ni impedir a éstas que ejecuten sus trabajos por no alcanzar ciertas condiciones de resguardo al no estar facultadas para sancionar ni para clausurar establecimientos. Esta postura, sin rebozos, conduciría a una exención general y permanente, por cuanto se funda en limitaciones no menos generales y permanentes. Asimismo, pasa por alto dos circunstancias. Por un lado, al hacer hincapié en lo que no les está permitido a las ART, soslaya aquello a lo que están obligadas: no se trata, para las aseguradoras, de sancionar incumplimientos o de imponer incumplimientos, sino de algo que antecede a ello, esto es, prevenir los incumplimientos como medio para que éstos, y los riesgos que le son anejos, puedan evitarse. Por el otro, olvida que no es propio de las ART permanecer indiferentes a dichos incumplimientos, puesto que la ya citada obligación de denunciar resulta una de sus funciones preventivas ... ".

Es decir, que al haber la ART incumplido en su control respecto del cumplimiento y/o asesoramiento a las empresas con relación a las medidas de

³¹ CNT, Sala X, 08.09.02004, "Cuevas, Carlos c/Consolidar ART y otros".

³² (CNT, Sala VII, 16.04.2004, "Gonzalez, Isidoro c/Alto Paraná y otro").

³³ (CNT, Sala IX, 27.03.2002, "Barreto, Mario c/Guillermo Decker S.A. y otro").

Seguridad e Higiene, la condena recae solamente sobre ellas, eximiéndose al empleador de cualquier responsabilidad laboral o civil.

Ahora bien, las persistentes críticas al modelo de riesgo de trabajo que se mencionan en los párrafos precedentes desembocaron primero en la reforma introducida por el Decreto 1.278/2000, que estableció el pago de una suma fija además de las prestaciones de la LRT, así como también la posibilidad de introducir nuevos supuestos de enfermedades profesionales en casos particulares, mediante una presentación basada en un dictamen médico ante la Comisión Médica Jurisdiccional.

Posteriormente la reforma introducida por el Decreto 1.694/2009 (sólo aplicable a las contingencias suscitadas con posterioridad al 09/11/09) permitió tomar como piso legal el monto resarcitorio que originalmente la LRT establecía como tope máximo. También modificó el concepto de la prestación dineraria durante la incapacidad transitoria, al introducir (acertadamente) la cuantificación de dicha prestación siguiendo los parámetros del artículo 208 y s.s., L.C.T.

Sin embargo, las críticas jurisprudenciales continuaron y así desembocamos en la Ley 26.773 que introduce tres aspectos relevantes: a) determinar el comienzo de la prescripción a partir del vencimiento del plazo de 15 días para que la ART abone la indemnización al trabajador o sus derechohabientes; b) la opción excluyente de la reparación tarifada o la indemnización conforme las normas del derecho civil y c) la aplicación del índice de actualización RIPTE.

Sobre estos aspectos, el primero puso fin a la discusión respecto de cuándo debía comenzar el cómputo de la prescripción, si al momento del infortunio o de la toma de conocimiento de la incapacidad por parte del damnificado.

Con relación a las otras dos cuestiones mencionadas, la competencia judicial en razón de la materia y la validez de los índices de actualización cabe hacer algunos comentarios al respecto.

La primera plantea el tema de la competencia en razón de la materia cuando el trabajador reclama la reparación integral. Me parece acertado que el trabajador deba optar entre la reparación tarifada y la prevista por el derecho común, empero no comparto la idea del legislador en punto a que deba ser competente el juez civil para entender en este tipo de controversias, porque el juez natural es el laboral. Tampoco me parece razonable que se aplique el código procesal civil y comercial y los principios del derecho civil porque deja de lado el principio de gratuidad, previsto por el art. 20 de la L.C.T., en claro perjuicio a los intereses del trabajador.

Desde larga data siempre se concluyó que el juez laboral era idóneo para aplicar el régimen tarifado (si se trataba de la reparación sistémica) o el régimen extra tarifado (cuando se planteaba un reclamo por reparación extra sistémica) cuando se trataba de una cuestión litigiosa que se había producido en el contexto de la existencia de un contrato de trabajo. Este criterio fue ratificado por la C.S.J.N. en el Fallo Faguada (09/05/2017), donde ratifica, como ya lo había hecho en el fallo "Munilla"³⁴, la competencia de la Justicia del Trabajo para entender en un reclamo de reparación integral como consecuencia de un accidente de trabajo con fundamento en normas laborales y civiles, al hacer suyo

³⁴ Fallos 321:2757

el dictamen del Procurador General, y lo define en los siguientes términos: *“...Corresponde declarar la competencia del fuero laboral para conocer en una causa, en la que el actor demanda solidariamente a sus empleadores reclamando la reparación integral de los daños que padece a raíz del accidente de trabajo sufrido mientras prestaba servicios para los mismos, en tanto no puede dejar de ponderarse que la demanda promovida no se basa exclusivamente en normas civiles, sino que el actor también invoca como fundamento de su pretensión normas laborales; en consecuencia, corresponde atenerse, en lo pertinente, al criterio adoptado en los precedentes Munilla y Jaimes...”*.

Con relación a la segunda cuestión, la aplicación de un índice de actualización contradice lo expuesto expresamente por la Ley 25.561³⁵ que no derogó la prohibición de indexar contenida en la Ley de Convertibilidad, y también conspira contra el espíritu de evitar crear un mecanismo de reajuste que repotencien los efectos de cualquier proceso inflacionario.

3. LA LEY 27.348 – LA CONTROVERSIA DE LA INSTANCIA ADMINISTRATIVA PREVIA Y OBLIGATORIA DE LAS COMISIONES MEDICAS:

Tal como señala Valentín Vidal³⁶ en un trabajo muy interesante, la reforma al régimen de riesgo de trabajo introducida por la ley 27.348 trajo importantes polémicas a partir de una fuerte corriente doctrinaria que consideró inconstitucional la imposición de la instancia administrativa obligatoria previa de las Comisiones Médicas. En esta postura podemos señalar el pensamiento de Horacio Schick que plantea que *“... con la pretensión de combatir la supuesta litigiosidad, en verdad se crea un efecto paradójico que incrementará notoriamente el volumen de pleitos con nuevos planteos y cuestionamientos sobre la validez constitucional de la ley 27.348 que vulnera los derechos y garantías constitucionales de igualdad y libre acceso a la justicia mediante un recurso sencillo...”*³⁷

Formaro también se ha volcado por esta postura al sostener que *“... Construye al damnificado en oposición a la inmediatez y celeridad que las leyes 24.557 y 26.773 colocaran explícitamente como pilares, al tránsito por una vía administrativa a efectos de percibir su crédito. Viola por ende la lógica medular del sistema donde se viene a insertar, derivando de allí la inconstitucionalidad de la norma por irrazonabilidad (art. 28, CN)...”*³⁸

Mansilla comparte esta preocupación cuando concluye que *“... si no está asegurado el control judicial amplio ni la imparcialidad de los organismos administrativos a los que se les confían las decisiones jurisdiccionales se está*

³⁵ B.O. 07/01/2002.

³⁶ Vidal, Valentín, “Cuestionamientos y constitucionalidad de la ley 27.348”, RDLS, revista número 22, págs. 2286/2290, año 2017.

³⁷ Schick, Horacio, “Revista de Derecho del Trabajo”, Editorial La Ley, julio 2017, pág. 1389.

³⁸ Formaro, Juan J., “Reforma al Régimen de Riesgo de Trabajo”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2017, pág. 130.

*violando la doctrina del fallo “Angel Estada” y en consecuencia la instancia administrativa previa, obligatoria y excluyente de la Ley de Riesgo de Trabajo es inconstitucional....”*³⁹

También Peña⁴⁰ se enrola en esta posición al señalar, con acierto, que el quid de la constitucionalidad pasa por darle al trabajador la posibilidad de acceder a un contralor jurisdiccional amplio, algo que, a priori, la ley no otorga, porque el nuevo artículo 46 de la ley 24.557 (reformado por la ley 27.348) establece un recurso de apelación con efecto suspensivo y en relación ante la justicia del trabajo, lo que veda la amplitud probatoria y de debate en la instancia judicial.

A eso le agrega Peña la improcedencia de otorgar funciones jurisdiccionales a médicos, la violación de la doctrina sentada por el Tribunal Cimero en los fallos “Castillo”, “Venialgo” y “Marchetti”, porque al admitir la intervención de una Comisión Médica de alcance federal se vulnera la potestad local de las Provincias, además de criticar la cuestión de la competencia ya que obliga al trabajador damnificado a recurrir a la Comisión Médica correspondiente al lugar del infortunio, vedando la triple opción que prevén los arts. 24 de la L.O., 3 de la ley 11.653 y 3 de la ley 15.057.

A favor de esta postura se puede mencionar un fallo de la Sala VII, dictado el 02/10/2017, en los autos “Mercado, Héctor G. c/Galeno ART S.A. s/accidente – ley especial”⁴¹, en el cual se argumentó que el carácter previo obligatorio y excluyente de la instancia administrativa veda la garantía constitucional del juez natural, previsto por el art. 18 de la Constitución Nacional; así como también vulnera los derechos tutelados por distintos Tratados Internacionales entre los cuales cabe mencionar el art. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 2.1. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, entre otros.

Asimismo, la Sala X, se pronunció con fecha 30 de agosto de 2017, en los autos “Corvalán Héctor Eduardo c/Swiss Medical ART s.a. S/Accidente Ley Especial”, declarando inconstitucional la reglamentación de la Ley 27.348, esto es, las disposiciones de la Resolución 298/2017 de la SRT, porque consideró que se había creado un procedimiento en donde los médicos realizaban tareas jurisdiccionales que nada tienen que ver con su labor como galenos. La deficiencia apuntada llevó a la SRT a dictar la Resolución 899-E-2017 para reglamentar el funcionamiento de las Comisiones Médicas con la intervención del patrocinio letrado obligatorio del trabajador y la función del Secretario Técnico Letrado.

Por su parte, la Sala V, en los autos “Quispe, Román Georgina c/Provincia ART S.A. s/accidente” (18/08/2017) falló en los siguientes términos: “...*Afirmada*

³⁹ Mansilla, Alberto, “Una omisión importante en la declaración de constitucionalidad de la instancia administrativa previa, obligatoria y excluyente de la ley 27.348”, RDLS, número 19, octubre 2017, págs. 1960.

⁴⁰ Peña, Luis María, “Ley 27.348. Constitucionalidad de la instancia administrativa previa y obligatoria a través de las comisiones médicas. Pronunciamientos, aclaraciones y proyecciones”, RDLS, número 13, julio 2018, Editorial Abeledo Perrot, págs.1211/1216.

⁴¹ Publicado en DT 2017 (diciembre), pág. 2553, con nota de Alberto Mansilla.

la existencia de cuestiones fácticas que hacen al derecho de defensa en juicio, el tratamiento y consecuente declaración de inconstitucionalidad de la norma que supedita la competencia judicial a la actuación previa de comisiones médicas (art. 46 de la Ley Nº 24.557 modificado por el art. 14 de la Ley Nº 27.348 en tanto la nominación de la norma no afecta el contenido de la misma), con anterioridad a la sustanciación de la prueba configura un anticipo de jurisdicción indebida que importa la nulidad de la resolución de origen, importa el apartamiento del magistrado que suscribió dicha resolución y la remisión de las presentes actuaciones al juzgado que sigue en orden de turno a fin que prosiga la tramitación de la misma....”⁴².

Por último, Hierrezuelo sostuvo que el carácter recursivo impuesto por el artículo 2 de la ley obsta a su revisión judicial plena, sin cercenamientos y en todas las facetas de la controversia,⁴³ aunque después su fallo fue revocado por la Sala IV por adherir a los argumentos vertidos por el Fiscal General de Cámara Eduardo Alvarez en el fallo “Burghi”⁴⁴

En la vereda de enfrente están aquellos que sostienen que no existe norma constitucional alguna que prohíba la existencia de organismos administrativos con facultades jurisdiccionales, en tanto y en cuanto se garantice la instancia judicial amplia y suficiente.

El Fiscal General Eduardo Alvarez, en oportunidad del fallo dictado en los autos “Burghi, Florencia V. c/Swiss Medical ART S.A. s/accidente ley especial” dictado por la CNT, Sala II, con fecha 03/08/17, recordó que más allá de la división de poderes que consagra nuestra Carta Magna, desde su origen, a partir del siglo XX se fueron experimentando cambios que permitieron atribuir jurisdicción primaria a organismos administrativos cuando las pretensiones o las controversias necesiten para ser resueltas conocimientos particulares técnicos o científicos o que se refieran a ámbitos regulatorios particulares, que requieran uniformidad o inmediatez que desaconsejen criterios heterogéneos o contradictorios.

Precisamente en el fallo Burghi se decidió en favor de la constitucionalidad de la Ley 27.348. Así afirmaron los magistrados que hay instancias administrativas previas perfectamente aceptadas, que las funciones jurisdiccionales otorgadas a organismos del Poder Ejecutivo son constitucionalmente válidas, porque pueden someterse a un "control judicial suficiente" y "amplio" y porque son emanados de órganos con independencia e imparcialidad asegurada, que la asistencia letrada del dependiente asegura también el acceso a la justicia que, por otro lado, se da en un plazo razonable.

El 31/10/2017 la Sala I, en los autos "Cortes, Iván M. c/Prevención ART S.A. s/accidente - ley especial" - EXPTE. 33.629/2017 ⁴⁵ se pronunció ratificando la constitucionalidad de los arts. 1, 2, 12, 14, 15, 16 y 21 de la Ley 27.348 y, con ello, reafirmando que "la actuación de las comisiones médicas jurisdiccionales

⁴² IJEDITORES ON LINE – IJ-XD-882

⁴³ Juz. Nac. Del Trabajo Nº 42, 24/08/2017, “López, Miguel A. c/Galeno ART S.A. s/accidente – ley especial” (expte. 40.157/17).

⁴⁴ Sentencia interlocutoria 57.058 de fecha 26/02/2018.

⁴⁵ LL Online AR/JUR/76924/2017.

creadas por el art. 51 de la Ley 24.241 y sus modificatorias, constituirá la instancia administrativa previa, de carácter obligatorio y excluyente de toda otra intervención".

También se expidió el Tribunal de Trabajo N° 2 de Lanús, Provincia de Buenos Aires, con fecha 12/03/2018, en los autos caratulados: "Bielokurek, Néstor F. c/Omint Art"⁴⁶ afirmando que la instancia administrativa previa a la judicial, de carácter obligatorio y excluyente, otorgada a las Comisiones Médicas Jurisdiccionales dependientes de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo para determinar el carácter profesional de una enfermedad laboral o contingencia, la determinación de su incapacidad y las correspondientes prestaciones dinerarias previstas en la LRT (art. 1º, Ley 27.348) no conculca las garantías constitucionales de igualdad, debido proceso, juez natural y menos aún el acceso a la justicia, a la vez que se ajusta a la doctrina establecida por la C.S.J.N. en la causa Fernandez Arias (19/09/1960).

La Sala IV se enroló en esta posición al admitir la constitucionalidad de la resolución emanada de un organismo administrativo, en tanto y en cuanto haya un control judicial suficiente y amplio, tal como lo señaló en el precedente López Miguel que se cita supra.

La C.S.J.N. admitió como válidas las facultades jurisdiccionales endilgadas a organismos administrativos, tal como se sugiere en el precedente Angel Estrada y Cia. (sentencia del 05/04/2005).

En dicho precedente se dijo que con el alcance derivado de la doctrina de Fallos 247:464 y la más próxima de Fallos 321:776, el otorgamiento de facultades jurisdiccionales a órganos de la administración reconoce lo dispuesto en los arts. 18, que garantiza la defensa en juicio de la persona y sus derechos y 109 de la CN que, basado en el texto del art. 108 de la Constitución de Chile de 1833 (v. Bosch, Jorge T. - Zavalía Victor (ed.) "Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la Administración Pública", 1951, ps. 55 a 64 y 160) prohíbe en todos los casos al Poder Ejecutivo ejercer funciones judiciales.

Tales principios constitucionales quedan a salvo siempre y cuando los organismos de administración dotados de jurisdicción para resolver conflictos entre particulares hayan sido creados por ley, su independencia e imparcialidad estén asegurados, el objetivo económico y político tenido en cuenta por el legislador para crearlos (y restringir así la jurisdicción que la Constitución Nacional atribuye a la justicia ordinaria) haya sido razonable y, además, sus decisiones están sujetas a control judicial amplio y suficiente.

La atribución de la jurisdicción primaria a organismos administrativos (doctrina tomada de Estados Unidos) se justifica cuando la resolución de la controversia presuponga la familiaridad con hechos cuyo conocimiento haya sido confiado por la ley a cuerpos expertos, debido a que su dilucidación depende de la experiencia técnica de dichos cuerpos; o bien porque están en juego los particulares deberes regulatorios encomendados por el Congreso a una agencia de la administración; o cuando se procure asegurar la uniformidad y consistencia en la interpretación de las regulaciones políticas diseñadas por la agencia para una industria o mercado particular, en vez de librarla a los criterios heterogéneos o aun contradictorios que podrían resultar de las decisiones de jueces de primera instancia (conf. Doctrina de los casos "Texas & Pacific Railway c/Abilene

⁴⁶ LL Online AR/JUR/2363/2018

Cotton Oil", 204 YS 426; "Far East Conference c/United States", 342 US 570; "Weinberger c/Bentex Pharmaceuticais inc." 412 US 645).

Para esta corriente, la ley 27.348 cumple con los recaudos fijados por el Máximo Tribunal para la validez de los tribunales administrativos: a) una tipología de controversias cuya solución remita a conocimientos técnicos específicos y a respuestas de automaticidad y auto aplicación; b) un procedimiento bilateral que resguarde de una manera cabal el derecho de defensa de los peticionarios; c) una limitación temporal del trámite razonable y de plazos perentorios, que no implique dilatar el acceso a la jurisdicción y d) la revisión judicial plena sin cercenamientos y en todas las facetas de la controversia.

Desde esa perspectiva las prescripciones insertas en la ley 27.348 resultan ajustadas a tales pautas, toda vez que los reclamos vinculados a los riesgos de trabajo se hallan circunscriptos a aspectos médicos y a la determinación del nexo de causalidad y el grado de incapacidad, razón por la cual concluyó el Fiscal General de la Cámara del Trabajo que no se advierte que haya lesión al debido proceso adjetivo, especialmente considerando la necesaria intervención del patrocinio letrado.

Por lo demás, la consagración de una revisión judicial permite inferir que no se haya afectada garantía constitucional alguna, máxime que la norma atacada ha previsto que el tránsito por las vías administrativas no demore más allá de 60 días, con una prórroga de 30 días, a título de excepción.

Esta corriente sostiene que no resulta de aplicación lo dispuesto por la C.S.J.N. en los precedentes Castillo (07/09/2014), Venialgo (13/03/2007) y Obregón (17/03/2012) pues allí se invalidaron normas legales consideradas inconstitucionales por infringir las potestades propias de las jurisdicciones locales en materia de regulación del procedimiento judicial, sin que alcancen esos pronunciamientos a la legitimidad de la instancia administrativa previa.

Desde esta perspectiva, no existe ninguna norma constitucional que prohíba los trámites administrativos ni que tienda a organizar un sistema jurídico en el que tales trámites estén vedados, siendo que la utilización de una instancia administrativa especializada con adecuado control y revisión judicial ha sido admitida por la jurisprudencia, empero condicionándola a la ulterior revisión judicial suficiente, tal como surge de la jurisprudencia citada supra.

Ahora bien, tal como señala Peña en su trabajo, el quid de la cuestión pasa por un control judicial amplio y suficiente, lo que me parece no se da a la luz del limitado marco cognositivo que permite el recurso de apelación en relación y con efecto suspensivo que concede el artículo 2 de la ley 27.348, aspecto sobre el cual volveré en breve.

En concreto, para los defensores de la constitucionalidad del régimen de riesgos de trabajo, en la actualidad el sistema de reparación especial no hace de dique de contención para que el trabajador no pueda ir a su juez natural, como lo era antes de la promulgación de las leyes 26.773 y 27.348, muy por el contrario, la vigente normativa lo habilita para la acción con fundamentos en otros sistemas de responsabilidad, sino está de acuerdo con los montos que ofrezca abonarle la ART y con lo que determine la Comisión Médica.

El trabajador no se encuentra sólo en la instancia de la Comisión Médica para tomar la decisión más adecuada, sino que por el contrario, debe contar con patrocinio legal obligatorio, tal como lo determina la Resolución 305/03 de la SRT que ha sido causa fuente para su incorporación como un requisito ineludible en el artículo 1 de la Ley 27.348. Desde esta óptica, claramente desapareció de la

LRT el concepto de que un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, debía ser federalizado, ajustándose de esta forma la ley 27.348, título primero, a la doctrina Castillo, de ahí que no resulte óbice la instancia de la Comisión Médica con carácter previo, obligatorio y excluyente.

En la sistemática actual, el trabajador tiene garantizado por la propia norma la posibilidad de ocurrir con su reclamo a la instancia jurisdiccional, cualquiera sea la decisión que adopte el organismo administrativo, partiendo de la base de que no se encuentra obligado a aceptar lo resuelto en esa instancia, con la posibilidad de que si quiere mantenerse en la opción de régimen especial, puede apelar ante la Alzada, la resolución de la comisión médica jurisdiccional.

Como resulta de la Resolución de la SRT 899-E/2017, modificatoria de la Resolución 298/17, las comisiones médicas jurisdiccionales se encuentran con las condiciones necesarias para ejercer las funciones otorgadas por la ley, a fin de no alterar a favor del Poder Ejecutivo el equilibrio en el que reposa el sistema constitucional.

Dichas comisiones, así como la Comisión Médica Central, deberán encontrarse conformadas con profesionales del derecho que revestirán el carácter de Secretario Técnico Letrado y por los profesionales médicos, sin subordinación jerárquica entre ellos.

Se contempló incluso, en el marco del citado resolutivo, que si en ocasión del trámite ante la Comisión Médica se suscitaren divergencias relativas a salarios no declarados por el empleador, tal controversia entre el trabajador y el empleador deberá ser resuelta por la autoridad judicial, sin que ello afecte el derecho del trabajador de percibir las indemnizaciones previstas en el sistema de riesgo del trabajo.

También se ha previsto la forma en que deberá actuarse para el supuesto del rechazo de la denuncia del accidente laboral garantizándose el debido proceso, la igualdad entre las partes y el marco amplio de prueba del que se intente valerse; incluso de aquella que se hubiere denegado, en la oportunidad de interponer el recurso de apelación, las partes podrán ofrecer esa prueba en cuestión.

El sistema instaurado en el título primero de la Ley 27.348 para las Comisiones Médicas como instancia previa, obligatoria y excluyente a la judicial se ajusta a la doctrina establecida por la C.S.J.N en los autos "Fernandez Arias c/Poggio" de fecha 20/04/2008, en cuanto en el mismo establece que *"... resulta compatible con la Constitución Nacional la creación de órganos administrativos con facultades jurisdiccionales, teniendo en cuenta que se han ampliado las funciones de la administración, como medida necesaria para la ágil tutela de los intereses públicos. Si bien nuestra Constitución recepta la doctrina de separación de poderes, por lo que la función de juzgar le correspondería sólo al Poder Judicial, este precepto debe interpretarse dinámicamente según las cambiantes necesidades sociales. Las decisiones de los órganos en discusión deben quedar sujetos a revisión judicial, de lo contrario se violaría el art. 18 de la Constitución Nacional, que reconoce a todos los habitantes del país el derecho a acudir a un órgano judicial. Hay que diferenciar la adecuación del principio de división de poderes en la vida contemporánea, y la violación de su esencia, lo que sucedería si se privara totalmente al Poder Judicial de sus atribuciones..."*.

En sintonía con dicha doctrina la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires ha receptado la posibilidad de la intervención de tribunales administrativos para resolver controversias de trabajo vinculadas con las

suspensiones disciplinarias. Sobre el particular dijo lo siguiente: "...La creación del Tribunal Administrativo por el art. 17 de la ley 10.149 no vulnera la prohibición de atribuir al Poder Ejecutivo funciones judiciales (art. 33 Const. Provincial) ni la garantía del debido proceso (art. 9 Const. Prv.). Pues no se excluye a las partes de sus jueces naturales al hallarse prevista la apelación judicial anterior "(SCBA 1.253 – año II -tº 142 nº 11.339 - 20/08/1991, autos "Caja de Previsión Social para Profesionales de la Ingeniería sobre inconstitucionalidad art. 17 de la ley 10.149 - B.O. 25/06/1992 - Sección Jurisprudencia).

Los requisitos o recaudos a satisfacer para que la jurisdicción administrativa sea constitucional son, de acuerdo con la doctrina de la C.S.J.N. que exista control judicial suficiente y garantizarse la audiencia y defensa del involucrado. Lo primero queda satisfecho cuando al justiciable se le reconoce el derecho a interponer recurso ante un tribunal judicial contra la decisión del órgano administrativo (C.S.J.N., Fallos: 247:344 y 646; 249:73; 250:272; 2569:11; 261:36; 263:180; 264:72; 266:151; 267:123; 205:549). Lo segundo se cumple con la posibilidad que tiene el justiciable de ser escuchado y poder ejercer en pleno su derecho de defensa, otorgándosele la posibilidad de ofrecer pruebas (CS.J.N. Fallos 193:408; 211:1533; 240:160; 248:459, entre otros).

Por consiguiente, en el estado actual de la jurisprudencia de la C.S.J.N. nada obsta a que una ley imponga la tramitación previa, excluyente y obligatoria por Comisiones Médicas siempre y cuando la legislatura local apruebe ese camino.

La norma prevé un tránsito acotado a 60 días por la instancia administrativa, que luciría razonable, y si las Comisiones Médicas dan un dictamen equivocado, cuestionable o inequitativo acerca del carácter laboral de la incapacidad o la evalúan en forma insuficiente, el trabajador, debidamente patrocinado accederá al Juez Laboral Ordinario de su jurisdicción por la vía recursiva. El trámite de estos recursos siempre será más breve que el tránsito por la vía del procedimiento ordinario.

Por eso, desde esa perspectiva, no es razonable sostener que la medida constituya una restricción inconstitucional al acceso a la justicia laboral. En todo caso, cualquier instancia previa de evaluación lo sería, y a nadie se le ha ocurrido plantear su inconstitucionalidad. Este razonamiento tiene la falla, a mi parecer, que no se contempla que la instancia administrativa previa, en un despido por caso, permite que las partes negocien en un plano de igualdad, más no impone a una de ellas una determinada resolución, porque eso es potestad exclusivamente judicial.

Como bien señala Vidal en los reclamos individuales promovidos ante el Seclo el conciliador no ejerce una función jurisdiccional sino una actividad de aproximación a las partes mediante técnicas conciliatorias, cuando las Comisiones Médicas ejercen facultades que resultan privativas de los jueces.⁴⁷

Tampoco es absurdo, a criterio de los defensores del sistema, que se obligue a recurrir previamente a la Comisión Médica, en el supuesto que el trabajador opte por reclamar por la vía civil, porque la opción prevista por el artículo 4 de la Ley 26.773 requiere que se rechace la oferta de prestaciones dinerarias de la ley puestas a disposición del damnificado y para hacer esa puesta a disposición tiene que haber transitado por las Comisiones Médicas,

⁴⁷ Vidal, Valentín, ob. Cit., pág. 2287.

pero el punto sigue siendo que ese organismo administrativo, de competencia nacional sigue ejerciendo potestades jurisdiccionales que son competencia exclusiva de las Provincias, por ende, están ejerciendo una facultad que no les compete.

Para ponerlo en contexto, que la C.S.J.N. haya admitido la creación de tribunales administrativos, conforme lo señala en el precedente Angel Estrada, no significa que en todos los casos resulte constitucional su actuación.

En dicho precedente la C.S.J.N. admite la creación de tribunales administrativos, en tanto y en cuanto su constitución sea determinada por ley del Congreso, esté asegurada la independencia e imparcialidad de tales organismos, que el objetivo económico y político tenido en cuenta por el legislador para restringir la jurisdicción que la Constitución Nacional atribuye a la justicia haya sido razonable y que exista un control judicial posterior amplio y suficiente.

En el caso de las Comisiones Médicas, y como bien lo señala Vidal en el trabajo citado, no se cumple con las pautas del precedente judicial del Tribunal Cimero porque el recurso de apelación ante el juez de trabajo no es amplio, ni tampoco permite introducir nuevas pruebas, con lo cual la suerte del trabajador está atada a una mera revisión de los hechos debatidos en la instancia administrativa y de la prueba que allí se produjo, cuando la finalidad de la ley debería ser garantizar al dependiente que tenga la posibilidad de interponer una demanda, con la mayor amplitud de prueba posible a producir, lo cual, evidentemente no ocurre cuando se interpone un recurso de apelación.

La reforma insiste con delegar facultades jurisdiccionales en un cuerpo colegiado integrado por galenos, que no estudiaron para ser jueces. Es cierto que tienen conocimiento suficiente para emitir una opinión científica sobre la incapacidad que padece un trabajador que sufrió un accidente o padeció una enfermedad, empero no está capacitado para determinar los presupuestos de la existencia de un infortunio laboral. Resultaría razonable la constitución de un tribunal administrativo conformado por profesionales del derecho, el cual cuente con un cuerpo colegiado de médicos que le brinde asesoramiento en materia de salud, empero que el encuadre jurídico, y consecuentemente el dictado de la resolución administrativa pertinente recaiga sobre los profesionales del derecho.

Por otra parte, en la reforma se insiste con la competencia de un organismo administrativo de alcance nacional, cuando la intervención debe recaer en uno de competencia local y su imparcialidad ha sido cuestionada pues su mantenimiento es solventado con recursos provenientes del Fondo de Reserva que se sostiene con los aportes de las ART, lo cual pone en discusión la autonomía plena que se atribuyen. Prueba de ello es que el artículo 22 de la ley 24.557 establece la posibilidad que la Comisión Médica revise el carácter y grado de la incapacidad hasta que declare su carácter definitivo a solicitud de la ART (obligado al pago de las prestaciones dinerarias y asistenciales), lo que reafirma esta falta de certidumbre acerca de su plena autonomía.

La pregunta de esta ponencia sigue sin responderse ¿fue suficiente la reforma introducida por la Ley 27.348 o se trató de una modificación parcial para frenar la avalancha de juicios, sin dar una respuesta integral a las necesidades de las partes litigantes? Vale decir, la reforma tutela los derechos de los trabajadores damnificados o los coloca en una posición de indefensión. Me inclino por la segunda postura.

Comparto las opiniones vertidas en los enjuicios realizados por los autores citados supra, en el sentido que la ley 27.348 es inconstitucional en cuanto delega la potestad jurisdiccional en las Comisiones Médicas de modo improcedente, porque sus integrantes son galenos y no profesionales capacitados en el Derecho. Es incuestionable la necesidad de requerir la intervención de expertos en el arte de la salud para que proporcionen información científica en relación a la existencia de un nexo causal del infortunio con la patología que padezca el trabajador, así como también respecto de la incapacidad del trabajador, pero eso no avala que tengan potestades jurisdiccionales. Insisto, distinta sería la conclusión si sus integrantes fueran profesionales del Derecho, porque tendrían el conocimiento necesario para expedirse sobre un conflicto de derecho.

Por otra parte, el plazo de 60 días hábiles, prorrogable por un lapso de 30 días hábiles, que tienen para expedirse, es relativo porque ello depende de los recursos humanos y materiales con que cuentan las Comisiones Médicas para llevar adelante su cometido, y la cantidad de dichos organismos que se instituyan, ya sabemos que en nuestro país todo se hace a pulmón, lo que nos da la pauta que resulta bastante improbable que se expidan en ese lapso, y el único perjudicado es el trabajador damnificado.

Por otro lado, se vulnera la garantía constitucional del debido proceso y del juez natural previsto por el art. 18 de la Constitución Nacional que prohíbe que las personas sean juzgadas por comisiones o excluidas de ser juzgadas por el juez natural en la materia, que en este caso es aquel con competencia laboral, ya que el infortunio se produce en el contexto de la existencia de un contrato de trabajo, resultando incuestionable su competencia judicial, a la luz del precedente dictado por la C.S.J.N. en el fallo Faguada.

Nadie cuestiona la potestad que se le reconoce al legislador de instaurar tribunales administrativos, siguiendo las pautas fijadas por la C.S.J.N. en el fallo Angel Estrada, pero como bien señala Luis María Peña en el trabajo citado supra, el punto central pasa por la falta de control judicial amplio y suficiente que declama la ley 27.348, empero que no aplica porque sólo concede el recurso de apelación en relación y con efecto suspensivo, lo que implica que el juez en grado de apelación sólo conocerá sobre lo ya actuado, sin que resulte dable admitirse la ampliación de la prueba producida, porque el magistrado actúa como un órgano recursivo que analiza los hechos y la prueba ya volcada al expediente, quedando atada la suerte del trabajador a lo que se haya hecho en la instancia administrativa; salvo que el juez, por excepción, y como medida de mejor proveer resuelva ordenar la producción de nueva prueba, empero eso ya dependerá de cada caso en particular, y no de una regla legal impuesta a todos los casos.

La vía recursiva tiene un marco cognitivo estrecho, pues está atado al alcance del recurso. Como bien recuerda Peña el artículo 275 del código de rito no admite la apertura a prueba ni la alegación de hechos nuevos,⁴⁸ por ende, el juez sólo se expedirá en función del contenido del recurso de apelación, lo cual no representa un control jurídico amplio y suficiente como sugiere el Tribunal Cintero en el precedente Angel Estrada, de allí que el alcance judicial de la sentencia en grado de apelación conlleve un control judicial insuficiente.

⁴⁸ Peña, Luis María, ob. Cit. Pág. 1215.

4.- OTRAS CONSIDERACIONES:

Pese a las reformas introducidas a la Ley de Riesgo de Trabajo, seguimos debatiendo cuál debe ser el eje principal de la legislación en materia de infortunios laborales. ¿Atacar las causas o las consecuencias del infortunio? Parece loable apuntar a la prevención de riesgos del trabajo, empero no que las prestaciones recaigan sobre compañías de seguro cuyo finalidad principal es lucrativa y no auxiliar al trabajador damnificado. Claramente el objetivo de las ART es de neto corte comercial y la última reforma al régimen de riesgo del trabajo se orientó a procurar que disminuyan drásticamente las demandas promovidas contra dichas Compañías al imponer el control judicial de modo recursivo cuando debería ser directo y pleno.

El dictado del reciente DNU 669/19 fue otra respuesta del PEN en el mismo sentido. Son Compañías de Seguro cuyo fin es obtener un lucro para sus accionistas y la función secular encargada por la ley de riesgo de trabajo parece quedar en segundo plano. En ese punto, sigo insistiendo que sería interesante una reforma legislativa que le diera una intervención más activa a una figura admitida por la ley pero dejada de lado en la práctica que es la ART Mutual, prevista en el art. 42, apartado a) de la L.R.T., con participación activa del sector empresario y del sindical. Combinar la finalidad lucrativa con el fin social.

Otro aspecto a considerarse es que se debería acentuar la responsabilidad penal de los empleadores que omitan cumplir con el deber de seguridad de tutelar la integridad psicofísica de los trabajadores, tanto si la omisión recae en la falta de contratación de un seguro de riesgo de trabajo, como en el supuesto de omisión de la denuncia de la existencia del contrato de trabajo o de la falta de pago de la cuota correspondiente. Evidentemente, preocupa más al empleador la sanción penal que la meramente administrativa por parte de la S.R.T. Hasta ahora, más allá de las sanciones previstas por el art. 32, incs. 3 y 4 de la ley 24.557, la realidad nos indica que no se aplican las consecuencias penales previstas por la norma citada, lo que nos lleva a concluir que la sanción penal debería ser más gravosa y de cumplimiento efectivo para lograr que el empleador comprenda que tutelar la integridad psicofísica del trabajador y registrar la relación laboral que los vincula es para beneficio de todos, del empresario que vería una reducción de sus costes en materia de daños, para las ART que tendrían que brindar menor cantidad de prestaciones dinerarias y asistenciales, y para el Estado, que en última instancia, debe velar por nuestra seguridad.

No comparto la posibilidad que otorga la Ley al Estado de poder autoasegurarse porque en la práctica las prestaciones asistenciales que brinda a través de su infraestructura resultan ser bastante deficientes y no siempre otorgan las prestaciones dinerarias en tiempo y forma. Es cierto que la figura del autoseguro, correctamente aplicada, es una opción, empero aplicaría las pautas fijadas por el Decreto 585/96 con un ojo muy crítico, pues el poder político de turno suele flexibilizar los controles cuando le tocan al Estado mismo y por el contrario ponerse muy rígido cuando se trata de controlar al particular. No se mide con la misma vara en ambos casos. De allí que sólo admitiría el autoseguro con carácter excepcional.

En materia de contingencias, me parece que un baremo cerrado de enfermedades como el previsto por el Decreto 658/96 no es la solución. Lo apropiado sería establecer un listado de incapacidades, empero no constituirlo en un número cerrado, sino dejarlo abierto a la posibilidad de incorporar nuevas

patologías, no solo por medio del Comité Consultivo Permanente, sino también por medio de la resolución judicial en cada caso. Evidentemente el procedimiento administrativo establecido por el Decreto 717/96, reformado por el Decreto 1.575/15 y las resoluciones 298/17 y 899-E/17 no son la solución. Como históricamente se ha resuelto, el camino judicial es la única solución; que el juez dotado de su imperium, apuntalado por el dictamen de la pericial médica, pueda incluir nuevos supuestos no contemplados en el baremo (siguiendo el criterio fijado por la C.S.J.N. en el fallo Silva) es la respuesta más acertada al dilema.

En cuanto a las prestaciones dinerarias, comparto la idea de la aplicación de una fórmula tarifada, que pueda ser reajustada por un mecanismo de actualización, previa derogación de la Ley 25.561, empero fijaría un límite porque no es posible que ese índice de actualización sea aplicado conjuntamente con la tasa de interés porque se repotenciaría la deuda por duplicado y se tornaría impagable. La intención de reformar el IBM instaurada por el Decreto 669/19 apunta en ese sentido, el problema es que lo hace de manera arbitraria, porque afecta derechos adquiridos al ser aplicable con carácter retroactivo a las contingencias ya acontecidas con anterioridad al dictado de la norma reglamentaria, y se le otorga al PEN una facultad que sólo puede ejercer el Poder Legislativo, máxime que cuando se dictó el Congreso estaba en sesiones y no había razón válida alguna para obviar el tratamiento legislativo de la cuestión.

Además, el índice de actualización debería tener una limitación temporal, por caso como propone la Ley 26.773 que se actualice desde una fecha determinada (01/01/2010) hasta el momento del acaecimiento del siniestro, como lo señaló la C.S.J.N. en el fallo Aiello, o bien desde el momento del infortunio hasta la fecha de interposición de la demanda, y luego adicionar al nuevo capital el interés judicial, para combatir los efectos inflacionarios desde ese momento hasta aquel en que se efectivice el pago. Aplicar el índice de actualización y la tasa de interés simultáneamente podría inducir al acreedor a forzar su pretensión para no iniciar el reclamo hasta el límite de la prescripción y luego reclamar una suma con acrecidos, con claro fin especulativo, y esa no es la finalidad de la ley secular. El objetivo de la norma debe ser evitar el perjuicio del dependiente y de resultar ello imposible procurar una reparación adecuada en tiempo y forma, y no convertir el infortunio en un negocio especulativo.

En cuanto a la base remuneratoria que debería tomarse, sigo pensando que lo más indicado sería seguir las pautas del art. 208 de la L.R.T. y no el ingreso base mensual porque este módulo toma en cuenta las remuneraciones anteriores al siniestro y la idea es que la prestación evite que el trabajador sufra un perjuicio en su capacidad de ingresos hacia el futuro. De allí que mantener la capacidad de ingresos del damnificado es la clave del éxito. Claramente el IBM no refleja su ingreso sino que lo reduce, logrando el efecto contrario al deseado. No me parece que la actualización del IBM sea la clave porque pueden producirse situaciones distorsivas en un contexto inflacionario, lo que podría llevar a situaciones injustas que terminen en el dictado de normas como fue el caso del DNU 669/19, cuando la aplicación del criterio fijado por el art. 208, L.C.T., es suficiente para resguardar el salario del trabajador.

Tampoco me parece correcto que la incapacidad sea determinada por una comisión médica, en esto sigo pensando que la revisión médica debe ser efectuada por un perito médico con el correspondiente control judicial. Entiendo que las reformas hayan procurado aligerar la carga de los tribunales laborales

procurando resolver este tipo de conflictos en la instancia administrativa, pero los resultados obtenidos demuestran que fue desacertado el camino tomado. Nunca se puede esperar objetividad de un organismo cuyo sostén económico depende de la ART que es la encargada de pagarle al damnificado o sus derechohabientes. Claramente que la ART, con neto fin comercial, buscará que la Comisión determine la menor incapacidad posible para pagar lo menos posible. Reitero una idea que ya expuse hace algunos años, en cuanto a pensar en la creación de juzgados laborales dedicados exclusivamente a atender los reclamos por infortunios laborales; o bien diseñar un procedimiento sumarísimo para que el trabajador damnificado presente su reclamo, y luego de ser contestado por la ART y/o el empleador en su caso, se realice una pericia médica a la brevedad y se pueda dictar una resolución definitiva de manera rápida, eficaz y eficiente (una suerte de pericia médica express), como de hecho llevan a cabo algunos juzgados que primero ordenan la producción de la pericia médica y con su resultado convocan a una audiencia conciliatoria para ver si puede acercarse a las partes para que arriben a una solución pacífica de la controversia. En cuanto al financiamiento de este procedimiento rápido en la esfera judicial podría utilizarse los fondos especiales destinados a la constitución del Fondo de Garantía.

Por otra parte, sigo sosteniendo que luce razonable que la opción del reclamo sea excluyente, o la reparación tarifada o la indemnización integral, remitiéndonos a los principios del riesgo o vicio de la cosa.

De hecho la opción excluyente consagrada en el art. 4º de la Ley 26.773 ya fue insertada en nuestro derecho positivo durante la vigencia de otras normas anteriores que regulaban el régimen resarcitorio de los infortunios laborales. Por caso, el art. 17 de la Ley 9.688 preveía que el trabajador podía optar entre reclamar la indemnización tarifada o la reparación integral, empero ambas vías resultaban excluyentes. Este criterio fue ratificado en el artículo 16 de la Ley 24.028, que sucedió a la norma precitada en materia de infortunios laborales. Vale decir, que entre 1915 y 1996, el régimen jurídico vigente en materia de reparación por infortunios mantuvo la opción excluyente, lo cual avala la posibilidad de su restablecimiento a través de la Ley 26.773 y perfectamente podría ratificarse en una futura reforma legislativo, sólo que, a diferencia de lo previsto por el artículo 4 de esa norma, claramente la competencia debería recaer sobre el juez laboral, por ser el entendido en este tópico, haciéndose eco del criterio fijado por la C.S.J.N. en el fallo Faguada, tal como bien lo señala la Fiscal Liliana Picón en su dictamen emitido en los autos "Barbari, Myrian Fernanda c/Federación Patronal Seguros S.A. y otro s/accidente" (expte. 29.456/2017).

Por otra parte, la jurisprudencia del fuero laboral nunca impugnó la validez de la opción excluyente mientras la misma fuera establecida por la legislación vigente, lo cual ratifica la constitucionalidad de dicho mecanismo. No estoy hablando de una vigencia efímera, sino que durante más de ochenta años la justicia laboral jamás cuestionó la validez constitucional de la opción excluyente.

Vale decir, la ausencia de impugnaciones provenientes de pronunciamientos judiciales en el extenso ciclo que transcurrió entre 1915 y 1996, con relación a la posibilidad de optar entre distintas vías de reparación, justifican en exceso la viabilidad constitucional del criterio impuesto nuevamente por el art. 4 de la Ley 26.773 y que debería mantenerse en el futuro, sólo que, reitero, ante el juez laboral.

Desde ese punto de vista la reforma introducida por la ley 27.348 es un retroceso porque relega al juez a un segundo plano (como órgano revisor) y ratifica el rumbo de darle preeminencia a la actuación de la Comisión Médica.

Coincido con el pensamiento del Carcavallo en punto a que el restablecimiento de la opción excluyente no es ni reprobable ni significa un retroceso. Tal como menciona en su trabajo "Acerca de la formulación de la opción instituida por el art. 4 de la Ley 26.773", publicado el 01/03/2013 en la Revista Argentina de Derecho Laboral y de la Seguridad Social⁴⁹, si por retroceso se entiende volver hacia un sistema, alternativa o pauta que ha regido en el pasado, tampoco se ve en ello un hecho disvalioso ni ocasiona un perjuicio al trabajador, en tanto y en cuanto de ello no surjan inequidades, situaciones de injusticia o reparaciones insuficientes para el dependiente.

Una postura doctrinaria sostiene que la opción excluyente se aparta de los precedentes jurisprudenciales Aquino, Cura, Llosco y Cachambi, dictados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y vulneraría (supuestamente) principios consagrados por normas internacionales, tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos; sin embargo esta posición no repara en el hecho que esos precedentes fueron dictados a partir de la invalidación de diversos dispositivos de la Ley 24.557, a los que se sustituyó, cosa que hoy hacen los que componen la Ley 26.773. Además, la eventual tacha o impugnación de éstos últimos, requiere de la fehaciente demostración de que por los métodos y pautas que contienen, no se alcanza una reparación plena e integral, o bien, la protección de la vida y salud de los trabajadores, bajo condiciones dignas de labor, presupuesto éste computado por la Corte a lo largo de todos sus pronunciamientos en la materia.

La formulación de la opción excluyente no cierra o da lugar a una lesión al dependiente y menos aún a una situación de error, violencia o intimidación, susceptible de tornar aplicable el art. 279 del Código Civil y Comercial de la Nación. La vulnerabilidad ínsita en toda prestación subordinada, no se ve agravada en el supuesto de sufrirse un siniestro, mientras se cuente con una legislación que proporcione prestaciones dinerarias y en especie que permitan la rehabilitación de la víctima y una reparación integral. No por ello, las decisiones que adopte el trabajador damnificado, en ese contexto normativo, estarán viciadas de nulidad y, por tanto, resulten pasibles de su anulabilidad.

Tal como desde siempre estuvieron diseñados, tanto por el art. 17 de la Ley 9.688, luego por el art. 16 de la Ley N° 24.028, y en la actualidad por el art. 4 de la Ley N° 26.773, de lo que se trata es de elegir entre sistemas o vías de reparación que el legislador presenta; lo que conduce a desechar aquella alternativa por la que de manera libre y voluntaria, el trabajador no se inclinó.

No se le dio la posibilidad u oportunidad de acceder al todo -ej: vías de reparación acumulables- sino que razones de política legislativa hicieron que deba elegir entre las existentes. Y esta pauta o criterio, no está en pugna con el principio de irrenunciabilidad, ni representa para el dependiente una disyuntiva disvaliosa. Lo sería, si el trabajador se viera obligado a optar entre dos o más sistemas de reparación que, por sus componentes, den lugar a un resultado manifiestamente insuficiente. En sintonía con lo expuesto, tampoco representa

⁴⁹ (incluido en la página web ijeditores.com.ar, cita IJ-LXVII-564).

un disvalor, el carácter excluyente dado a la formulación de la opción por el art. 4 de la Ley N° 26.773.

El Dr. Miguel Maza sostiene, con acierto a mi criterio, en que no ha sido el mecanismo de formulación de opciones lo que mereciera tales reparos y la tacha de inconstitucionalidad emergente de lo decidido en “Aquino”, pues no se expidió la Corte acerca de ello, al decidir el mencionado precedente; por el contrario, éste último vino a habilitar la posibilidad de reclamar con fundamento en el derecho civil, aunque sin una regla clara y precisa, como no puede pretenderse de un fallo judicial que viene a cuestionar la falta de apego de la norma a nuestro régimen constitucional, como ocurrió en el caso. En cambio, la metodología seguida por la Ley N° 26.773, habilita a cuestionar la reparación obtenida por la vía especial, sólo de mediar la manifiesta insuficiencia de aquella⁵⁰.

Sin lugar a dudas no existen reparos de orden jurídico como para reinstaurar la formulación de una opción con carácter excluyente, entre alternativas de reparación, a las que no cabe descalificar por sí mismas, y mucho menos, a la reparación que resulte de un régimen especial, sin atender primero, al monto que pueda obtenerse conforme a ella, de acuerdo a las características y particularidades del caso, en armonía con los criterios en boga durante los últimos años, que han precisado la necesidad de que la compensación por el daño sufrido resulte sustancial e integral, atendiendo a las particularidades del caso y a la determinación de la cuantía del daño con pautas de equidad y razonabilidad, condiciones que debe reunir cualquier reparación, sea ésta la emanada de un régimen legal, o aún la determinada en sede judicial, como manera de resolver una controversia.

No es la opción en sí misma o el modo de ejercitarla lo que lleva a desatender los derechos del trabajador, sino la reparación que pueda obtenerse por vía del “sistema” aplicable al caso, la que, debe ser suficiente, integral y por ende, justa, recogiendo en ese punto, la doctrina sentada por la Corte en diversos precedentes.

La Ley 26.773, en su artículo 4, se limitó a introducir la instancia de la doble vía excluyente, empero de ello no se deriva ningún perjuicio a los derechos e intereses del trabajador y en esa inteligencia su constitucionalidad es irreprochable.

Lo que si representa un retroceso es acentuar la obligatoriedad de la instancia administrativa con facultades decisorias. Nadie dice que no pueda haber una instancia administrativa como se daba con el Seclo para los infortunios laborales, pero allí las partes podían negociar en un plano de igualdad. En cambio, ahora la ley 27.348 le otorga un imperium a la Comisión Médica, que no corresponde, porque desplaza la función jurisdiccional del juez al médico, que no resulta idóneo en la materia, y no se zanja la cuestión legal con la mera intervención del Secretario Técnico Letrado, o la asistencia letrada obligatoria, porque es el juez quién debe aplicar el Derecho, por aplicación del principio *iura novis curia*. Como bien señalaba Bidart Campos cuando decía que el juez depende de las partes en lo que tiene que fallar pero no en cómo debe fallar. La Comisión Médica no es especialista en derecho, el juez con

⁵⁰ (Maza, Miguel Angel “Una nueva reforma en materia de riesgos del trabajo. Dos puntos inicialmente conflictivos” Editorial La Ley – Suplemento Especial “NUEVA LEY DE RIESGOS DEL TRABAJO” Directores Juan José Etala (h) y Julio César Simón-Noviembre 2012).

competencia laboral sí. Recordando el viejo adagio latino “iura novit curia”, el juez tiene la obligación de suplir el derecho que las partes no invoquen o lo hagan mal, y para ello el magistrado debe tener un contacto directo con las partes y con la producción de la prueba para arribar a la verdad de los hechos controvertidos, algo que no se alcanza si lo hace en grado de apelación, porque debe expedirse sobre cuestiones ya debatidas y probadas en otro ámbito, dentro del estrecho marco cognositivo que las partes han planteado en la instancia recursiva.

Por caso, si el trabajador no cuenta con un profesional del derecho idóneo corre el riesgo que su reclamo sea desatendido, si no ofreció y produjo toda la prueba en la instancia administrativa, porque el juez sólo podría entender en lo que haya sido materia de recurso y sólo en la medida del contenido del mismo, lo cual veda el derecho de defensa que asiste al trabajador hiposuficiente.

Otro aspecto cuestionable, que no ha sido subsanado por la reforma, y es una de las cuestiones que debería corregirse en una futura reforma legislativa, es que en el supuesto de un reclamo basado exclusivamente en la reparación civil, el tema sea analizado y resuelto por el juez con competencia civil cuando es una cuestión que debe ser resuelta por un juez laboral. El juez civil no puede asegurar al trabajador la tutela que se merece porque su visión no es protectoria como la del propio juez laboral. Sacar al accidente de trabajo de la órbita laboral, por el solo hecho de reclamar la reparación integral, es olvidarse de la amplia experiencia judicial sobre este tema que siempre concluyó la conveniencia que sean los jueces laborales quienes entiendan en este tópico. Si el accidente de trabajo es consecuencia de la presunta omisión del deber de seguridad del empleador hacia su dependiente, en el marco de la relación jurídica que los vincula, claramente es el juez laboral quién debe entender en ese tipo de controversias.

Por otro lado, no me cabe ninguna duda que la competencia territorial debe ser local, y en eso la reforma de la ley 27.348 ha sido parcial porque sigue insistiendo con la intervención de las Comisiones Médicas que dependen del ámbito nacional, lo que sí me parece lógico es que deba intervenir el juez de la jurisdicción donde el trabajador sufrió el accidente por estar prestando efectivamente sus labores, porque de remitirnos a la triple competencia prevista por el art. 24 de la L.O. se generarían situaciones inequitativas, algunas de neto corte especulativo, en punto a resolver la interposición de la demanda en función de la tasa de interés judicial que apliquen en determinada jurisdicción o de la conveniencia de concentrar los litigios en una sola jurisdicción para beneficio del letrado que lleva la defensa jurídica del caso y no en función del dato objetivo que debería entender el juez con competencia laboral del lugar donde el actor prestaba tareas, lo que supone apegarse a nuestra Constitución en cuanto atribuye a cada provincia el juzgamiento de los hechos existentes en su territorio, a la luz de la interpretación que debe darse a los artículos 5 y 6 de la Constitución Nacional.

Evidentemente, la reforma introducida por la ley 27.348 no tuvo en cuenta las objeciones que ya venían realizando tanto la doctrina como la jurisprudencia, pues de otro modo no se entiende el retroceso en el cual incurrió al vedar al trabajador la posibilidad de acceder al juez natural que tutela sus derechos que no es otro que aquel con competencia laboral, y permitir que formule su reclamo en el marco de un juicio de conocimiento con amplitud probatoria.

5.- CONCLUSIONES FINALES:

Retenido lo expuesto, entiendo que resulta imprescindible introducir una reforma al sistema de riesgo de trabajo que contemple los siguientes aspectos:

Por una parte, garantizar que el trabajador tenga acceso directo y pleno al servicio de justicia, pudiendo plantearse como requisito previo la instancia administrativa del Seclo, en la cual se imponga la necesidad de un dictamen médico como requisito fundamental para que las partes puedan arribar a un acuerdo, contando el trabajador con asistencia letrada obligatoria, empero sin otorgar funciones jurisdiccionales a médicos. Para asegurar la imparcialidad del dictamen se podría determinar que el mismo provenga de un perito médico desinsaculado de un listado que provea el Ministerio de Trabajo, para evitar suspicacias en su designación, siendo sus honorarios a cargo del Fondo de Reserva. La alternativa sería instituir un Tribunal administrativo que esté conformado por profesionales del Derecho con el asesoramiento vinculante de un cuerpo de galenos para justificar la determinación de la incapacidad y el nexo causal con el trabajo, con acceso pleno y suficiente a la justicia.

Asimismo, establecer que esa instancia administrativa previa tenga una duración que no supere en ningún caso el plazo de 60 días hábiles, tiempo suficiente para que el trabajador sea evaluado médicamente y las partes puedan tratar de arribar a un acuerdo consensuado.

En el supuesto de fracasar la etapa de conciliación, se debe habilitar la instancia judicial, con la posibilidad que el trabajador interponga la demanda y ofrezca de manera amplia toda la prueba que haga a su derecho. Este proceder debería aplicarse con independencia si se trata de una relación laboral formal o informal porque en ambos supuestos el trabajador se ve afectado por una dolencia que debe ser atendida, en el plano judicial, más allá del carácter formal o informal del vínculo.

Sin ninguna duda se debe mantener la competencia del juez laboral ordinario de la jurisdicción donde el trabajador prestaba tareas y en la cual se produjo el infortunio.

De igual modo, disponer que la base salarial que se utilice, tanto para el pago de las prestaciones transitorias, como para las indemnizaciones, se determinen sobre la remuneración prevista por el artículo 208, de la L.C.T., por ser la que mejor refleja la capacidad de ingresos del trabajador, sin entrar en debates interminables respecto de la actualización o no de las remuneraciones, pues dicha base salarial será la última que percibió al momento de repararse el daño, y en caso de mora, encontrará suficiente respuesta en la tasa de interés judicial que le reconozca el juez.

Reformar la sanción penal prevista por el artículo 32, incs. 3 y 4, de la ley 24.557, disponiendo que la misma tenga una pena mínima que no sea excarcelable, para disuadir al empleador de violar la ley, sabiendo que si lo hace no habrá atenuante alguno que impida su detención por la comisión del delito tipificado por la norma.

En síntesis, la última reforma procuró corregir defectos contenidos en la ley original y en las reformas anteriores, más no supo aprovechar la oportunidad para hacerlo de manera adecuada, procurando subsanar las deficiencias del sistema, aprovechando los precedentes de la C.S.J.N. y la experiencia adquirida en el pasado. Nunca es tarde para darse cuenta de los errores y corregirlos para lograr la meta buscada. El tema pasa por tener claro que debe reformarse.