

PROBLEMÁTICA DE LA APLICACIÓN DE LA LEY DE RIESGO DEL TRABAJO LUEGO DEL DICTADO DEL FALLO POGONZA: LA SITUACION DE INDEFENSION EN LA QUE SE ENCUENTRAN LOS TRABAJADORES

PABLO GASQUET

ABSTRACT

El autor entiende, luego de un análisis doctrinario y jurisprudencial, que tras el dictado del fallo Pogonza, que convalidó la actuación de las Comisiones Médicas como Tribunales Administrativos, y consecuentemente ratificó la constitucionalidad de la reforma introducida por la Ley 27.348, esto resultó perjudicial para los dependientes, porque en vez de garantizar el acceso directo a la Justicia, ratificó la obligatoriedad de recurrir a un organismo administrativo que no tutela, en debida forma, los intereses de los trabajadores.

Reitera su postura en cuanto a que la LRT es inconstitucional ya que delega la potestad jurisdiccional en la Comisión Médica, cuyos integrantes no son juristas, no resultando suficiente la intervención del secretario técnico letrado, conforme las disposiciones previstas por las resoluciones 298/17 y 899/17. Postula la necesidad de una reforma legislativa en la materia para la creación de tribunales especializados en materia de infortunios y patologías laborales, ya que entiende que los tribunales administrativos no garantizan al trabajador la defensa de sus derechos, siendo que la Ley 27.348 no permite una revisión judicial amplia y suficiente, ya que 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, salvo que el juez disponga medidas de mejor proveer.

Propone volver a implementar la instancia administrativa previa del Seclo, acompañando un dictamen médico que de fundamento al reclamo y en caso de arribar a un acuerdo sirva para justificar la homologación del convenio celebrado por las partes, 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 galeno desinsaculado de un listado que provea el Ministerio de Trabajo, siendo sus honorarios a cargo del 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 se pueda arribar a un acuerdo. De lo contrario, se debe habilitar la instancia judicial plena, con la posibilidad que el trabajador interponga demanda y ofrezca toda la prueba.

Sostiene que las prestaciones e indemnizaciones de la LRT se determinen sobre la base salarial prevista por el art. 208, L.C.T., actualizada por el índice RIPTE, por ser la que mejor refleja la capacidad de ingresos del trabajador, y en caso de mora, adicionar la tasa de interés que fije el juez, admitiendo en ese caso el anatocismo previsto por el art. 770, inc. b) del C.C.C.N. Reafirma su postura de suprimir la competencia del fuero civil, pues la reparación integral se efectúa en el marco del incumplimiento del deber de seguridad del empleador,

previsto por el art. 75,L.C.T.,y en base al fallo Faguada. También propone una reforma legislativa en el cual se disponga expresamente que en ningún supuesto sea de aplicación la figura de la reserva del contrato de trabajo prevista por el art. 211, LCT, para despejar cualquier tipo de duda.

Por último, propone modificar el art. 32, incs. 2,3, y 4 dela Ley 24.557, no solo incrementando el mínimo de la pena, sino también disponiendo que no sea excarcelable ni el encartado pueda beneficiarse con el instituto de la “probation”, así como también que resulte aplicable a todos los miembros de los órganos de administración y fiscalización de la persona jurídica, salvo que se demuestre la ausencia de su participación y/o conocimiento en el hecho punible, como efecto disuasorio de incumplir con las disposiciones de la LRT.

1. INTRODUCCION

Desde el nacimiento de la L.R.T., 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 para 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, resulta más conveniente eliminar las causas que originan el problema que luego tener que enfrentar las consecuencias originadas por la ausencia de resolución oportuna del problema. Luego con las sucesivas reformas introducidas por el Decreto 1.694/06¹ y la Ley 26.773², se procuró corregir las deficiencias que presentaba el sistema reparador de riesgo de trabajo hasta llegar a la sanción de la Ley 27.348³, que supuestamente cerraba el esquema y, 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 otras oportunidades, al principio pensé que el nuevo régimen legal en materia de infortunios parecía una respuesta positiva

¹ B.O. 06/11/2009.

² B.O. 26/10/2012.

³ B.O. 24/02/2017.

para atender las necesidades de los trabajadores, empero con el devenir del tiempo y la jurisprudencia que se fue dictando sobre este t3pico, me convenc3 que la reforma s3lo hab3a sido una involuci3n en la tutela del trabajador damnificado. El principio de progresividad consagrado en nuestra Constituci3n Nacional, a partir de la incorporaci3n de la Convenci3n Americana de Derechos Humanos,⁴ nos dice que el Estado debe garantizar a los trabajadores el goce efectivo de los derechos otorgados por las normas y que las mismas deben ser modificadas para mejorarlos, empero este no fue el caso en materia de infortunios laborales, ya que s3lo implic3 limitar el derecho de los trabajadores a reclamar un resarcimiento, no siempre acorde al da3o 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 concurri3 para corregir errores del pasado, admitiendo la opci3n de la reparaci3n integral y la actualizaci3n de las prestaciones dinerarias e indemnizaciones, empero tampoco proporcion3 una soluci3n definitiva y as3 llegamos a la sanci3n de la Ley 27.348 que definitivamente nos alej3 del paradigma que debe seguir toda norma laboral, esto es, tutelar al trabajador hiposuficiente, pues cercen3 la posibilidad del acceso pleno a la justicia, postura ratificada por el M3ximo Tribunal de la Naci3n con el dictado del fallo Pogonza.

La Jurisprudencia de la C.S.J.N., 3ltimo int3rprete de la Constituci3n Nacional, se3al3 que el sistema adolec3a de importantes fallas al no otorgar al damnificado un resarcimiento integral y oportuno. Por caso, en el precedente Aquino⁵ sostuvo la inconstitucionalidad de la norma prevista por el art. 39 de la L.R.T.⁶ que vedaba al trabajador la posibilidad de demandar al empleador por la acci3n civil, salvo el supuesto precitado de dolo. As3 como tambi3n lo hizo con otros art3culos de la ley, tal como el fallo Ascua⁷ que cuestion3 la validez del tope tarifado o el caso Lucca de Hoz⁸ en el cual se torn3 evidente las mezquindades de la normativa de riesgo del trabajo o los fallos Castillo⁹, Venialga¹⁰, Marchetti¹¹,

⁴ Ver art. 26 de la Convenci3n Americana de Derechos Humanos incorporado a nuestra legislaci3n mediante la ley 23.054 publicada en el B.O. el 27/03/1984.

⁵ Fallo dictado el 21/09/2004.

⁶ B.O. 04/10/1995.

⁷ Fallo dictado el 10/08/2010.

⁸ Fallo dictado en noviembre de 2008.

⁹ Fallo dictado el 07/09/2004.

¹⁰ Fallo dictado el 13/03/2007.

¹¹ Fallo dictado el 04/12/2007.

Carrasco¹² y Obregón¹³ 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 Espósito¹⁴ y Aiello¹⁵ 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, para luego dar un giro en su postura y convalidar el funcionamiento de los tribunales administrativos, a partir del fallo Pogonza,¹⁶ ratificando los postulados que fijara en el fallo Angel Estrada¹⁷.

Lo que pretendo es analizar si luego de la reforma introducida por la Ley 27.348, y la convalidación del sistema de riesgo de trabajo a través del fallo Pogonza, se avanzó progresivamente en la tutela de los derechos de los trabajadores o si, por el contrario, el precedente sólo fue un remedio jurisprudencial para desactivar el posible colapso económico financiero de las ART, buscando desalentar a los trabajadores para que formulen su reclamo judicial, desprotegiéndolos 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 este último sentido, porque luego de la última reforma y el fallo del Máximo Tribunal de la Nación, los trabajadores se encuentran en una peor situación, sin ninguna justificación que avale ese camino tomado.

2. LA LEY DE RIESGO DEL TRABAJO Y SUS REFORMAS

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.

¹² Fallo dictado el 09/12/2009.

¹³ Fallo dictado el 17/04/2012.

¹⁴ Fallo dictado el 07/06/2016.

¹⁵ Fallo dictado el 03/09/2019.

¹⁶ Fallo dictado el 02/09/2021.

¹⁷ Fallo dictado el 05/04/2005.

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, coincidió plenamente con la posición de Miguel Sardeña 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)¹⁸; 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 ciertas 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, y que mereció recibir tutela legal por parte del sistema de riesgo de trabajo.

La norma preveía un baremo cerrado de enfermedades profesionales, que sólo fue modificado en dos oportunidades, una con la introducción del decreto 1.167/03¹⁹, que agregó al listado las enfermedades del Hantavirus y el Mal de Chagas y del Decreto 49/14²⁰ 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

¹⁸ Aunque también podría tratarse de un acontecimiento que no fuera ni súbito ni violento como el supuesto de un trabajador que desafortunadamente quedara encerrado en una cámara frigorífica y sufriera los efectos de la hipotermia, o la de un marinero que cayera al mar en aguas heladas, sin ser advertido por sus compañeros, y sufriera los mismos efectos.

¹⁹ B.O. 03/12/2003.

²⁰ B.O. 20/01/2014.

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 658/96²¹ resultaban rechazadas como dolencias laborales.

En materia de incapacidades incluyó los supuestos de incapacidad transitoria, sin secuelas incapacitantes; la incapacidad parcial permanentes leve 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 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 472/14²² 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 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 si o por intermedio de terceros, conforme las pautas previstas por el Decreto 585/96²³. La introducción de la figura del autoseguro permitió que algunos actores sociales, (el Estado por caso) consideraran la posibilidad de autoasegurar a sus trabajadores, sobre la base que contarían con la infraestructura necesaria para brindar las prestaciones asistenciales y la solvencia económico-financiera para otorgar las prestaciones dinerarias.

²¹ B.O. 27/06/1996.

²² B.O. 11/04/2014.

²³ B.O. B.O. 11/06/1996.

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 en que se acreditara su responsabilidad civil subjetiva u objetiva, es decir, en todos los casos que hubiera incumplido con su deber de seguridad, al no adoptar las medidas preventivas necesarias según la experiencia, la técnica, y las circunstancias particulares del caso, o bien cuando debía asumir los riesgos de la cosa viciosa o riesgosa de la cual se beneficiaba y era la que causaba el daño al trabajador.

Sin embargo la jurisprudencia de la C.S.J.N. fue derribando las dificultades que planteaba la LRT con sus reiterados fallos hasta dar un giro inesperado en el fallo Pogonza. 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 L.R.T. 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 C.S.J.N. se pronunció sobre el tema en los autos "CASTILLO, ANGEL S. C/CERAMICA ALBERDI S.A. S/RECURSO DE HECHO DEDUCIDO POR LA SEGUNDA ASEGURADORA DE RIESGOS DEL TRABAJO S.A." con fecha 07/09/04, 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 patrones 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 transcrito, 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 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 puedan 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 o de una patología laboral.

El problema de la intervención del magistrado de manera recursiva, conforme la reforma introducida por la Ley 27.348, obsta a que exista una revisión judicial plena, tal como acertadamente señala Vidal en un muy interesante trabajo sobre este tópico.²⁴

Esta posición fue ratificada y ampliada por el Supremo Tribunal 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.

²⁴ Vidal, Valentín, "Cuestionamientos y constitucionalidad de la ley 27.348", RDLS, número 22, noviembre 2017, Editorial Abeledo Perrot, págs. 2286/2290.

Por eso no se entiende porque en Pogonza ratificó la validez del funcionamiento de comisiones médicas nacionales, cuando antes sostuvo que era una cuestión de competencia local.

Por otro lado, la última reforma también resulta inconstitucional, pese a los argumentos vertidos por la C.S.J.N. en Pogonza, por los siguientes motivos:

a) La ley 27.348 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). El argumento que utiliza la Corte de que no es arbitrario porque no están en las mismas condiciones un dependiente que un tercero ajeno a la relación, no me convence porque todos somos iguales ante la ley, y estamos afectados por una dolencia o infortunio de la misma manera. No cambia si el infortunio tiene nexo causal con el trabajo o no para arribar a la conclusión que un ser humano ha sido víctima de un infortunio que merece la misma reparación, sea dependiente o no.

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 Milone²⁵, Torales ²⁶y Suarez Grinband²⁷ 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 Llosco²⁸ 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 Torriño²⁹ la C.S.J.N. dispuso la solidaridad de la ART por incumplimiento del deber de fiscalización previsto por el artículo 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, aquellas no son solamente responsables de brindar cobertura desde el punto de vista técnico y económico a estas últimas, sino que también dentro de los objetivos que persigue la L.R.T., las ART poseen el deber de disminuir la siniestralidad laboral.

Ello así toda vez que las ART tienen las obligaciones indicadas en los artículos 4 y 31 de la Ley 24.557, el art. 18 del Dto.170/96³⁰ y las Resoluciones de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo 38/1996³¹ y 231/1996³², 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 37/2010³³, y sin que ello libere al empleador de la obligación prevista por el artículo 9 de la Ley de higiene y seguridad 19.587³⁴; visitas periódicas de control de cumplimiento de las normas de prevención de riesgos del trabajo y del plan de acción elaborado en cumplimiento; tendrán acceso a la información necesaria para cumplir con las prestaciones de la LRT; podrán promover la prevención,

²⁵ Fallo dictado el 26/10/2004.

²⁶ Fallo dictado el 29/05/2007.

²⁷ Fallo dictado el 21/06/2008.

²⁸ Ambos fallos dictados el 12/06/2007.

²⁹ Fallo dictado el 31/03/2009.

³⁰ B.O. 26/02/1996.

³¹ B.O. 15/04/1996.

³² B.O. 27/11/1996.

³³ B.O. 20/01/2010.

³⁴ B.O. 28/04/1972

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 170/96 prevé que las ART 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); 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.

Tal como sostiene la Jurisprudencia, 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 ccs. del C.C, 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 C.C., reconoce su fundamento en las propias disposiciones de la LRT, 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 dichas medidas constituye una conducta encuadrable en los presupuestos de los arts. 512 y 1074 del CCiv, que encuentra su correlato en el art. 1749 del CCCN.

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 ..."*³⁵*"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 ..."*³⁶

*"... 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 ..."*³⁷

A mayor abundamiento, la Corte en el fallo "TORRILLO" 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.

³⁵ CNT, Sala X, 08.09.2004, "Cuevas, Carlos c/Consolidar ART y otros".

³⁶ (CNT, Sala VII, 16.04.2004, "Gonzalez, Isidoro c/Alto Paraná y otro").

³⁷ (CNT, Sala IX, 27.03.2002, "Barreto, Mario c/Guillermo Decker S.A. y otro").

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 Seguridad e Higiene, la condena recae solamente sobre ellas, eximiéndose al empleador de cualquier responsabilidad laboral o civil.³⁸

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 1.278/00, 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

³⁸ Obviamente que el incumplimiento debe ser denunciado puntualmente y no atribuirle una responsabilidad de tipo genérica.

particulares, mediante una presentación basada en un dictamen médico ante la Comisión Médica Jurisdiccional.

Posteriormente la reforma introducida por el Decreto 1.694/09 (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, dado que el reclamo resarcitorio obedece a un incumplimiento del deber de seguridad que está a cargo del empleador, conforme la redacción actual del art. 75, LCT. 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 (09/05/17), donde ratifica, como ya lo había hecho en el fallo “Munilla”³⁹, 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 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 25.561,⁴⁰ que no derogó la prohibición de indexar contenida en la Ley de Convertibilidad, aunque con el contexto inflacionario que vive nuestro país este aspecto merece dejarse de lado, lo cual se vería zanjado con la derogación íntegra de esa norma.

Por último, la reforma introducida por la Ley 27.348 ratificó la vigencia de las comisiones médicas, desestimando la posibilidad del acceso directo a la justicia, admitiendo únicamente su intervención en grado de apelación, con la salvedad del supuesto que se trate de una relación informal o cuasi informal, en cuyo supuesto si admite el acceso al juez, aspecto observado a continuación.

³⁹ Fallos 321:2757

⁴⁰ B.O. 07/01/2002.

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

Tal como señala Vidal⁴¹ 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 Schick que plantea que *“... con la pretensión de combatir la supuesta litigiosidad, en verdad se crea un efecto paradójal 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...”*⁴²

Formaro también se ha volcado por esta postura al sostener que *“... Constriñe 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)...”*⁴³

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 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....”*⁴⁴

⁴¹ Vidal, Valentín, “Cuestionamientos y constitucionalidad de la ley 27.348”, RDLS, revista número 22, págs. 2286/2290, año 2017.

⁴² Schick, Horacio, “Revista de Derecho del Trabajo”, Editorial La Ley, julio 2017, pág. 1389.

⁴³ Formaro, Juan J., “Reforma al Régimen de Riesgo de Trabajo”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2017, pág. 130.

⁴⁴ 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.

También Peña⁴⁵ 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 reformado artículo 46 de la Ley 24.557 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 respectivamente.

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”⁴⁶, 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 30/08/17, en los autos “Corvalán Héctor E. 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 298/17 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 Res. 899-E-2017 para reglamentar el funcionamiento de

⁴⁵ 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.

⁴⁶ Publicado en DT 2017 (diciembre), pág. 2553, con nota de Alberto Mansilla.

las Comisiones Médicas con la intervención del patrocinio letrado obligatorio del trabajador y la función del Secretario Técnico Letrado, lo que provocó que esta Sala revirtiera su postura y considerara constitucional los arts. 1 y 2 de la Ley 27.348, conforme lo expuso en el fallo Ruiz Diaz.⁴⁷

Por su parte, la Sala V, en los autos “Quispe, Román G. c/Provincia ART S.A. s/accidente” (18/08/17) falló en los siguientes términos: “...*Afirmada 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 N° 24.557 modificado por el art. 14 de la Ley N° 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....*”.⁴⁸

La Sala IX se pronunció a favor de la inconstitucionalidad de los artículos 1 y 2 de la Ley 27.348 en varios pronunciamientos,⁴⁹ pese a que recientemente por razones de economía procesal y acatamiento al pronunciamiento de la C.S.J.N. adhirió a los fundamentos del fallo Pogonza en su fallo Candia.⁵⁰

En favor de la inconstitucionalidad de la norma se pronunció García Vior⁵¹ al sostener que el acotado régimen recursivo previsto en el art. 2 de la Ley 27.348, tomando en cuenta el concepto de “recurso” al que aluden todos los procesalistas (Palacio, Lino E. en “Derecho Procesal Civil”, Tomo V –actos procesales-, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 5ta reimpresión actualizada, año 2005, pág.87), no le permite al juez de grado expedirse por fuera del

⁴⁷ C.N.T., Sala X, “Ruiz Diaz, Clemente Carlos c/Provincia ART s/accidente – ley especial”, 28/08/2023, www.lejister.com, cita IJ-MVDCCLXVI-598, último ingreso 28/08/23).

⁴⁸ IJEDITORES ON LINE – IJ-XD-882

⁴⁹ (vgr. “Gallardo Gabriela Elizabeth C/ Prevención ART S.A. S/Accidente – Ley Especial”, CNT 26.022/17, S.I. del 21/06/18, “Giménez, Mario AGUSTÍN C/GALENO ART S.A. S/ ACCIDENTE – LEY ESPECIAL” CNT 38939/2017/CA1, S.I. del 5/07/18; “Romero Gastón Rodrigo c/ Provincia ART S.A. S/ Accidente – Ley Especial” CNT 31273/2017/CA1, S.I. del 30/05/19 y “Araujo Yanina Mariel c/ Galeno A.R.T. S.A. s/ Accidente- Ley especial” CNT 46473/17, S.I. del 4/06/19, todos del registro de esta Sala).

⁵⁰ C.N.T., Sala IX, “Candia, Marcos Antonio c/Provincia ART s/accidente – ley especial”, 28/08/2023, www.lejister.com, cita IJ-MVDCCLXVI-710, último ingreso 28/08/23).

⁵¹ C.N.T., Sala II, “Barrios, José Luis c/Asociart S.A.ART S/Otros reclamos”, 18/08/2023, www.lejister.com, cita IJ-MVDCCLXXVIII-510, último ingreso 28/08/23).

contradictorio, ni admitir nuevos planteos o argumentos y menos aún habilitar medidas de prueba no ofrecidas por las partes. Asimismo, sostiene que el recurso que se concede “en relación” no permite al afectado plantear en la Alzada casi ningún cuestionamiento, y menos aún introducir cuestiones con base constitucional, lo que claramente importa una grave afectación al derecho de acceso a la tutela judicial efectiva. En esa inteligencia concluye que no se estaría garantizando cabalmente la amplia y plena revisión judicial. Por lo demás, sostiene que la C.S.J.N. no se ha expedido en forma expresa y concreta en favor de la constitucionalidad del recurso en relación al que alude el art. 2 de la ley 27348, ni a las facultades que en materia reglamentaria asumiera la SRT al dictar normas procesales.

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,⁵² 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”⁵³

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.

⁵² Juz. Nac. Del Trabajo N° 42, 24/08/2017, “López, Miguel A. c/Galeno ART S.A. s/accidente – ley especial” (expte. 40.157/17).

⁵³ Sentencia interlocutoria 57.058 de fecha 26/02/2018.

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 31/10/17 la Sala I, en los autos "Cortes, Iván M. c/Prevención ART S.A. s/accidente - ley especial" - EXPTE. 33.629/2017⁵⁴ 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 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". Recientemente, ratificó la constitucionalidad del art. 1 de la Ley 27.348 en el precedente "Fernandez Alejandro D. c/Galeno ART s/accidente".⁵⁵

También el Tribunal de Trabajo 2 de Lanús, con fecha 12/03/18, en los autos: "Bielokurek, Néstor F. c/Omint Art"⁵⁶ convalida la instancia administrativa previa a la judicial, de carácter obligatorio y excluyente, otorgada a las Comisiones Médicas Jurisdiccionales para determinar el carácter profesional de una contingencia, la determinación de su incapacidad y las correspondientes prestaciones dinerarias previstas en la LRT (art. 1, Ley 27.348), afirmando que 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.⁵⁷

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 señala en el citado fallo López.

⁵⁴ LL Online AR/JUR/76924/2017.

⁵⁵ CNT, Sala I, 17,08,2023, "Fernandez Alejandro David c/Galeno ART S.A. s/accidente", expte. 23.343/18, www.legister.com, cita: IJ-MVDCCXXI-954, último ingreso 28/08/23).

⁵⁶ LL Online AR/JUR/2363/2018

⁵⁷ Fallo dictado el 19/09/1960

Por último, la Sala VI se aviene a esta postura al receptor la doctrina Pogonza, conforme lo resuelve en el fallo Pavan.⁵⁸

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 05/04/05) y lo ratifica en el fallo Pogonza. 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

⁵⁸CNT, Sala VI, 24/08/23, "PAVAN, LUIS DARIO c/ NUEVO IDEAL S.A. Y OTRO s/ACCIDENTE – ACCION CIVIL" (expte.11.295/20) – www.lejister.com, cita:IJ-MVDCCLIII-758, último ingreso 28/8/23.

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, desde esta postura, 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 (07/09/14), Venialgo (13/03/07) y Obregón (17/03/12) 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, así como también señala García Vior en sus fallos.

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 Res. 899-E/2017 de la SRT, modificatoria de la Res. 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 PEN el equilibrio en el que reposa el sistema constitucional.

Dichas comisiones, así como la Comisión Médica Central, deben estar 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 de la citada norma, 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 de aquél 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.

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 20/04/08, 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 S.C.B.A. 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 C. Pcial). 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 Prev.Social para Profesionales de la Ingeniería sobre inconstitucionalidad art. 17 de la ley 10.149-B.O. 25/06/1992-Sección Jurisp.).

Los requisitos 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 el Congreso 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. Postura ratificada en el fallo Pogonza.

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.⁵⁹

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, 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 y reitera en Pogonza, 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 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

⁵⁹ Vidal, Valentín, ob. Cit., pág. 2287.

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 se capacitaron para ser jueces. Es cierto que tienen conocimiento suficiente para emitir una opinión científica sobre la incapacidad que padece un trabajador que sufrió un infortunio o padeció una enfermedad, empero no están capacitados 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.

El fallo Pogonza viene a ratificar la legitimidad de las comisiones médicas, cuando las críticas señaladas precedentemente indicarían que su funcionamiento no aporta una solución integral y adecuada a las necesidades de los trabajadores damnificados.

Las preguntas de esta ponencia siguen sin responderse ¿la aplicación de la LRT, a partir del fallo Pogonza, resulta satisfactoria para las necesidades de los trabajadores damnificados?, ¿fue suficiente la reforma introducida por la Ley 27.348 o se trató de una modificación parcial para frenar los juicios, sin dar una respuesta integral a las necesidades de las partes litigantes?, ¿el funcionamiento de las Comisiones Médicas como tribunales administrativos tutela los derechos de los trabajadores damnificados?, ¿existen garantías suficientes al intervenir el

Poder Judicial como instancia de apelación? o ¿coloca a los trabajadores en una posición de indefensión? Me inclino por esta última.

Comparto las opiniones vertidas en los enjundiosos trabajos 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 cuenten 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 señalan Peña y García Vior, 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,⁶⁰ 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.

4.- POSTURA DE LA CORTE SUPREMA EN EL FALLO POGONZA

El Máximo Tribunal, ratificando la postura sostenida en el precedente Angel Estrada dicta el fallo Pogonza⁶¹ en el cual convalida que la Ley 27.348 cumple con todos los recaudos fijados por la jurisprudencia del Tribunal Cintero, en tanto las comisiones médicas fueron creadas por ley formal y su competencia para dirimir controversias entre particulares también emana de una disposición legislativa. Asimismo, sostiene que las comisiones médicas satisfacen las exigencias de independencia e imparcialidad a los efectos de la LRT, pues se trata de un órgano administrativo que ejerce la competencia jurisdiccional, contando el trabajador con la garantía del debido proceso.

A criterio de la Corte, el diseño regulatorio instituido por la Ley 27.348 garantiza la independencia de las comisiones médicas, así como también considera que estos organismos cuentan con suficiente capacidad técnica para determinar si se cumplen los requisitos para el acceso a las prestaciones previstas por la LRT.

⁶⁰ Peña, Luis María, ob. Cit. Pág. 1215.

⁶¹ Fallo dictado el 02/09/2021.

De igual manera, considera que resulta razonable la finalidad perseguida por el legislador al atribuir competencias decisorias a estos organismos administrativos, afirmando que con su intervención se obtiene la reducción de costos y de tiempos que conllevaría un litigio judicial. Sostiene que el propósito de las comisiones médicas es que los trabajadores tengan un rápido y automático acceso a las prestaciones reparatorias, asignando la tarea de calificación y cuantificación de las incapacidades derivadas de los riesgos del trabajo a especialistas en la materia, que actúan siguiendo parámetros preestablecidos, lo cual permite considerar, según su entender, que cumplen con los motivos razonablemente justificados que invoca la LRT al instaurar un sistema específico de reparación.

Ratifica que el régimen legal de las comisiones médicas cumple con las exigencias fijadas por la jurisprudencia de la Corte en cuanto al alcance de la revisión judicial, que establece que en las controversias entre particulares el control judicial se satisface con la existencia de una instancia de revisión ante la justicia en la que puedan debatirse plenamente los hechos y el derecho aplicable. En tal sentido, afirma que la revisión judicial está garantizada porque el art. 2 del citado plexo normativo prevé la posibilidad de recurrir la decisión de la comisión médica jurisdiccional por vía administrativa ante la Comisión Médica Central, o por vía judicial ante la justicia ordinaria del fuero laboral local. Asimismo, las decisiones de aquella son susceptibles de recurso directo ante los tribunales de alzada con competencia laboral local, o de no existir estos, ante los tribunales de instancia única con igual competencia, correspondientes a la jurisdicción del domicilio de la comisión médica jurisdiccional que intervino.

También sostiene que la ley no limita la jurisdicción revisora en lo relativo a la determinación del carácter profesional del accidente, del grado de incapacidad o de las prestaciones correspondientes, sosteniendo que ninguna norma cercena el derecho a plantear ante los jueces competentes la revisión de las cuestiones fácticas y probatorias sobre las que se pronunció la autoridad administrativa, resaltando que todas las medidas probatorias son gratuitas para el trabajador y admite su producción durante el trámite judicial.

Concluye que el control judicial resulta “amplio y suficiente”, en tanto la norma instituye una acción en la que las partes tienen derecho a ofrecer y producir la prueba que consideren pertinente y que permite la revisión del acto

por parte de un tribunal que actúa con plena jurisdicción a fin de ejercer el control judicial suficiente y adecuado que cumpla con la garantía del art. 18 de la C.N., siendo que la atribución de facultades jurisdiccionales a la administración, en materia de infortunios laborales, encuentra sustento en una larga tradición legislativa y la participación de la administración laboral ha tenido la finalidad de proveer la inmediata obtención de las prestaciones médico-asistenciales e indemnizatorias por parte de los damnificados, así como la de contribuir a que las controversias logren una solución rápida y económica.

Desestima el cuestionamiento de considerar que el trabajador estaría en inferioridad de condiciones respecto de cualquier otro damnificado en ámbitos no laborales, toda vez que la garantía de igualdad sólo exige un trato igual en igualdad de condiciones, circunstancia que no se daría en este supuesto porque los regímenes de responsabilidad no tarifada y los de reparación tarifada exigen diferentes cargas probatorias, siendo más exigentes en los primeros, mientras que en los segundos se procura lograr automaticidad y celeridad en el acceso a las prestaciones e indemnizaciones que contempla, circunstancias que justifican y hacen razonable la existencia de la instancia administrativa previa.

De igual modo, sostiene que la principal actividad asignada a las comisiones médicas consiste en efectuar determinaciones técnicas sobre la evaluación, calificación y cuantificación del grado de invalidez producido por las diferentes contingencias cubiertas, determinaciones que requieren conocimientos médicos especializados, contando con el debido asesoramiento jurídico, y sus conclusiones revisten un alcance provisorio que luego puede ser revisado por la decisión judicial final. En lo concerniente a la designación de los profesionales de la salud que integran las comisiones médicas, éstos son elegidos por concurso público, y en ciertos casos las decisiones que se adopten deben estar precedidas obligatoriamente por el dictamen jurídico de un secretario técnico letrado, y estos últimos sólo pueden ser desvinculados con fundamento en una grave causal debidamente acreditada, siendo los costes a cargo de las ART, lo que garantizaría la gratuidad del procedimiento para el trabajador.

La Corte entiende que es razonable el plazo perentorio de 60 días para que la comisión médica se pronuncie, siendo sólo prorrogable por cuestiones de hecho relacionadas con la acreditación del infortunio o de la patología

profesional, lo que debe ser debidamente fundado y vencido la norma deja expedita la vía judicial, lo cual garantiza al damnificado su derecho a ser oído dentro de un lapso razonable, y de no ser así, el dependiente cuenta con recursos legales para evitar dilaciones innecesarias.

Por último, cita la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto recepta que el derecho a la revisión judicial de decisiones administrativas resulta suficiente cuando el órgano judicial examina todos los alegatos y argumentos sometidos a su conocimiento sobre la decisión del órgano administrativo, sin declinar su competencia al resolverlos o al determinar los hechos, circunstancia que no se da cuando el tribunal está impedido de determinar el objeto principal de la controversia.

5.- LA INEXISTENCIA DEL DEBIDO PROCESO

En un trabajo muy interesante Tartabini⁶² señala la contradicción entre lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Spoltore” y la constitucionalidad que sostiene la C.S.J.N. en el fallo “Pogonza”, ello por cuanto en el primero el Estado argentino fue condenado a reparar la violación de derechos protegidos por la Convención Americana, por incumplir con el plazo razonable y el derecho a la protección judicial, previstos en los arts. 8.1.y 25 de la Convención ante la demora del proceso judicial de nuestro país que no garantizó a Spoltore el acceso a la justicia en búsqueda de una indemnización por una patología laboral, lo cual se contradice con el razonamiento de la constitucionalidad que alega la Corte en el fallo Pogonza.

Pone en tela de juicio que esté garantizado el derecho de acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva cuando el trabajador damnificado debe transitar en forma previa y excluyente una instancia administrativa, a cargo de comisiones médicas que cuentan con delegación de competencias jurisdiccionales, y que sólo es revisable por el Poder Judicial mediante la interposición de un recurso de apelación en relación y con efecto suspensivo, porque no existen controles suficientes sobre el funcionamiento de dichos

⁶² Bonomo Tartabini, Florencia A., “Los ilusorios controles sobre las competencias delegadas en las comisiones médicas. La inexistencia del debido proceso a propósito de la constitucionalidad de la ley complementaria 27.348”, DT 2022 (noviembre), 209, cita: TR LA LEY/AR DOC/3142/2022.

organismos. También señala la ausencia de respuesta en el supuesto que el dictamen del secretario técnico letrado fuera desfavorable al carácter laboral de la contingencia, en los supuestos donde niegue el carácter laboral de la enfermedad, o bien cuando el organismo administrativo disponga el archivo de las actuaciones por ausencia de alguno de los requisitos de admisibilidad del expediente administrativo, conforme su criterio. Con acierto señala que en esos casos no se agota la instancia administrativa para que sea susceptible de revisión judicial.

También coincido con ella en punto a que la revisión acotada no garantiza el acceso pleno a la jurisdicción ni otorga al trabajador afectado la posibilidad de obtener una amplia revisión judicial de lo actuado en sede administrativa, sumado que al tener efecto suspensivo el trabajador no encuentra una respuesta rápida a su necesidad hasta tanto el tribunal interviniente dicte su fallo, lo cual conspira contra la inmediatez que requiere la resolución de la contingencia.

Por otra parte, el plazo de 15 días que otorga la norma para recurrir la resolución administrativa impone un plazo de caducidad que afecta el plazo previsto por el art. 44 de la LRT, trastocando el instituto de la prescripción, porque si el trabajador interpone una presentación judicial con fines interruptivos de la prescripción (art. 2546 del CCCN), su derecho se extingue por caducidad ante la falta de interposición del recurso administrativo dentro de los 15 días habilitados por la norma reglamentaria.

Coincido con ella en que el art. 2 de la ley 27.348 no dispone plazos perentorios para la interposición de recursos, por ende, no corresponde que la normativa reglamentaria fije un plazo, debiendo regir las disposiciones previstas por el art. 44 de la ley 24.557.

Pese a las reformas introducidas a la L.R.T., 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 objeto de las ART es de neto corte comercial y la última reforma 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 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 L.R.T. 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, empero 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 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. 2, 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 me 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.

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 suele flexibilizar los controles cuando le tocan al Estado mismo y por el contrario ponerse muy rígido cuando se trata de controlar al particular. 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 abierto a la posibilidad de incorporar nuevas patologías, no solo por medio del Comité Consultivo

Permanente, sino también por medio de resolución judicial, tanto con alcance general o particular. 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 respuesta; 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.

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 (01/01/10) 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.

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 I.B.M. 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. 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 la ART, con neto fin comercial, buscará que la Comisión determine la menor incapacidad posible para pagar menos. 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, empero siempre actuando en el fuero laboral.

De hecho la opción excluyente consagrada en el art. 4 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, como bien lo señala la Fiscal Liliana Picón en su dictamen emitido en los autos "Barbari, Myrian F. c/Federación Patronal Seguros S.A. y otro s/accidente" (expte. 29.456/17).

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.

Coincido con 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 01/03/13 en la Revista Argentina de Derecho Laboral y de la Seguridad Social⁶³, 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 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 C.S.J.N. y vulneraría (supuestamente) principios consagrados por normas

⁶³ (incluido en la página web ijeditores.com.ar, cita IJ-LXVII-564, último ingreso 30/08/23).

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 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 C.C.C.N. 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 24.028, y en la actualidad por el art. 4 de la Ley 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 un disvalor, el carácter excluyente dado a la formulación de la opción por el art. 4 de la Ley 26.773.

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 26.773, habilita a cuestionar la reparación obtenida por la vía especial, sólo de mediar la manifiesta insuficiencia de aquella⁶⁴.

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. El art. 4 de la Ley 26.773, 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, como insiste la Corte en Pogonza. Nadie dice que no pueda haber una instancia administrativa como se

⁶⁴ (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).

daba con el Seclo para los infortunios laborales, pero allí las partes podían negociar en un plano de igualdad. En cambio, 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 novit 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 competencia laboral sí. Recordando ese viejo adagio, 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, más allá que la Cámara del Trabajo haya dictado el Acta Nro. 2669/18 que, en su inciso b), faculta a las partes a petitionar las medidas de prueba denegadas o defectuosamente producidas, ello sin perjuicio de las medidas para mejor proveer que se pudieran adoptar.

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 sobre el cual la Corte no se ha expedido, 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 juez laboral. Sacar al infortunio 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 infortunio 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 última reforma 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 apearse 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 C.N.

Evidentemente, la reforma 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.

6.- 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 del 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. A fin de 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 conciliatoria, 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 duda se debe mantener la competencia del juez laboral de la jurisdicción donde el trabajador prestaba tareas y sufrió 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 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 le reconozca el juez, contemplando su anatocismo una sola vez, conforme lo dispuesto por el artículo 770, inc. b) C.C.C.N.

Sería conveniente incorporar un artículo en el cual se disponga expresamente que en ningún supuesto sea de aplicación la figura de la reserva del contrato de trabajo prevista por el art. 211, LCT, para despejar cualquier tipo de duda cuando se le otorga al dependiente el alta jurídica, empero no está en condiciones de retomar sus labores y aún no se ha determinado el porcentual definitivo de incapacidad que padece.

De igual manera, no comparto que se deje fuera de tutela la enfermedad accidente, pues en definitiva, la actividad laboral contribuye al agravamiento de la dolencia, y desde esa perspectiva no es cuestionable su nexo causal laboral.

Reformar la sanción penal prevista por el art. 32, incs. 2, 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, y aplicable a la totalidad de los miembros de los órganos de dirección y fiscalización, sabiendo que si lo hace no habrá atenuante alguno.

En síntesis, la última reforma procuró corregir defectos contenidos en la ley, más no supo aprovechar la oportunidad para hacerlo de manera adecuada, procurando subsanar las deficiencias del sistema, y la C.S.J.N. yerra al convalidar la intervención de un tribunal administrativo. Se torna imperioso una reforma del régimen legal, delegando su resolución en el imperium de los jueces.

CV: Profesor adjunto de Derecho del Trabajo y Seguridad Social – UBA

Magister en Derecho del Trabajo y Relaciones Internacionales – UNTREF

Jurado de Tesis – Maestría en Derecho del Trabajo y Relaciones Internacionales - UNTREF

Jurado de Tesis – Maestría en Derecho y Economía – UBA