

Gustavo Calvín

La ley 26.773 y la constitucionalidad de la opción
excluyente

Año: 2016

Carrera: Abogacía

Resumen:

En octubre del año 2012 entró en vigencia la ley 26.773, modificatoria de la Ley de Riesgos del Trabajo, que reinstaló el llamado “sistema de opción excluyente”, una opción obligatoria para la parte actora en el sentido de tener que optar, en caso de producirse un siniestro laboral, por la reparación tarifada del régimen de la LRT o buscar una reparación fundada en otros sistemas de responsabilidad, con renuncia de la indemnización tarifada.

En caso de que tal reparación sea fundada en el derecho civil, la ley establece un desplazamiento de competencia hacia los tribunales civiles, debiéndose aplicar la legislación de forma y de fondo del derecho civil, cuyos principios son los que deberán regir el proceso, en lugar de los principios del derecho laboral, más favorables al trabajador.

¿Es constitucional, conforme a nuestro ordenamiento jurídico y, en particular, al orden público laboral, el régimen introducido por la ley 26.773?

Abstract:

In October 2012 came into force the law 26,773, amending the Occupational Hazards Act, which reinstated the so-called "system exclusive option", a mandatory option for the plaintiff in the sense of having to decide, in case of a labor accident occur, the tariffed repair system for LRT or seek redress based on other liability systems , waiving the compensation fee .

Should such repair is based on civil law, the law establishes a displacement of competition to the civil courts, having to apply the legislation and substantive civil law, the principles are the ones that should govern the process, rather the early, more favorable to the worker labor law.

Is it constitutional, according to our legal system and in particular the labor law enforcement, the regime introduced by Law 26,773?

Índice

Introducción	5
Capítulo I: Antecedentes legales	8
1.1 El principio protectorio	8
1.2. La ley 9.688 y el sistema de opción excluyente	11
1.3. La ley 17.711 y la responsabilidad objetiva	11
1.4. La ley 24.028 y la competencia de los tribunales civiles	12
1.5. La ley 24.557. La doble vía en caso de dolo del empleador y el principio de prevención	13
1.6. Las prestaciones de la Ley de Riesgos del Trabajo a partir de la sanción de la ley 26.773	16
Capítulo II: La protección del trabajador en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación	18
2.1. El caso “Aquino”. Posibilidad de reclamar con fundamento en el derecho civil	18
2.2. Los casos “Llosco” y “Cachambi”. Introducción de la doble vía	21
2.3. El caso “Castillo”. La competencia de los tribunales federales	24
2.4. El caso “Arostegui”. El cálculo de los montos indemnizatorios.....	26
Capítulo III: Ley 26.773	27
3.1. La ley 26.773	27
3.2. La opción excluyente con renuncia	29
3.3. Fundamentos de la opción	31
3.3.1. Litigiosidad	31
3.3.2. Presunción de incompatibilidad entre la indemnización de la LRT y las establecidas en el Código Civil	32
3.3.3. Tradición	33
3.4. El desplazamiento de competencia	34
Capítulo IV: Principios constitucionales y legales en materia de trabajo y seguridad social	35
4.1. Debido proceso. Juez natural	35
4.2. La reforma de 1994 y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos	36
4.3. El principio de progresividad	37

4.4. El principio de irrenunciabilidad	40
4.5. Inviolabilidad de la propiedad privada	41
Capítulo V: El Código Civil y Comercial de la Nación	42
5.1. Derecho de daños	42
5.2. Indemnización por lesiones	43
5.3. Responsabilidad del Estado	44
5.4. La lesión subjetiva	44
5.5.El orden de prelación normativa	45
5.6. Plazos de Prescripción	46
Capítulo VI: Inconstitucionalidad de los artículos	
4 y 17 inc. 2° de la ley 26.773	47
6.1. Jurisprudencia	47
6.2. Crítica doctrinaria	51
6.3. El Código Civil y Comercial	55
Conclusiones	55
Bibliografía	62
Doctrina	62
Artículos y publicaciones digitales	62
Legislación	65
Instrumentos internacionales	65
Jurisprudencia	66

Introducción

Durante el tratamiento de la sanción de la ley 26.773, modificatoria de la Ley de Riesgos del Trabajo (ley 24.557), en el Congreso de la Nación se argumentó que la misma constituiría un instrumento en favor de la generación de empleo, pues implicaría un freno para la llamada “industria del juicio” (Schick, 2013), es decir, al incremento de la litigiosidad por un supuesto abuso en la cantidad de demandas que se producen por siniestros laborales, dando a entender que tal situación perjudicaba, por un lado, a los recursos públicos y, por el otro lado, al crecimiento del empleo, ya que desalentaba las inversiones.

Más allá de la cuestión evidente de que, al hablar de litigiosidad, en primer lugar se debería hacer referencia al nivel de siniestralidad como factor determinante y no a un supuesto abuso, por parte de los abogados, de los mecanismos que la ley provee para hacer valer los derechos de los trabajadores, la mención de la litigiosidad constituye un argumento metajurídico (Schick, 2013) que poco suma a una justificación razonable de la reforma.

A la luz del desarrollo doctrinario y jurisprudencial que el debate en torno a la nueva ley ha producido a partir de su sanción, comienzan a perfilarse los aspectos más controvertidos de la misma, entre los que resalta, en primer lugar, la cuestión de la reinstalación del sistema de opción excluyente con renuncia entre el régimen tarifado de la Ley de Riesgos del Trabajo y la vía de una reparación fundada en otros sistemas de responsabilidad¹.

Tal sistema de opción excluyente había sido dejado de lado con la sanción de la actual ley 24.557 en el año 1995, situación que lleva a algunos juristas a asegurar que nos encontramos ante una violación, por parte del legislador, del principio de progresividad, ya que se vuelve a un sistema anterior que implica la pérdida de ciertas ventajas adquiridas para el trabajador al derogarse el instituto de la opción. Antes de la sanción de la mencionada ley, el instituto existió en nuestro derecho desde el año 1905, durante la vigencia de las leyes 9.688 (1905-1991) y 24.028 (1991-1995) (Foglia, 2013).

¹ Art. 4 ley 26.773.

Sumado esto al hecho de que, a partir del año 2004, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sentó precedentes que reforzaron el criterio de que ambos sistemas de reparación son complementarios respecto del fin al que apuntan, a saber, el de “reparar íntegramente al trabajador (o a sus derechohabientes) por los daños sufridos en el trabajo” (Foglia, 2013), e, incluso, amplió la protección de los trabajadores al declarar, en la causa “Aquino” (año 2004), la inconstitucionalidad del art. 39 inc. 1° de la Ley de Riesgos del Trabajo, que limitaba la reclamación por vía civil al supuesto de dolo del empleador, puede decirse que la ley 26.773, antes que significar un avance jurídico desde el punto de vista del paradigma constitucional vigente, el cual da preponderancia a la protección de los Derechos Humanos Fundamentales, pareciera ser la reafirmación de un paradigma jurídico obsoleto, que se aparta del que se ha venido construyendo en virtud de leyes como la 17.711 de reforma del Código Civil, la reforma constitucional de 1994, la jurisprudencia de la CSJN a partir del año 2004 e, incluso, en ciertos aspectos, la Ley de Riesgos del Trabajo del año 1995.

Este es, a grandes rasgos, el escenario que motiva la elaboración del presente trabajo, en el cual se intentará determinar si la reforma introducida por la ley 26.773 constituye una mejora en las condiciones de los trabajadores accidentados o si, por el contrario, implica un retroceso normativo perjudicial para los trabajadores y violatorio de principios constitucionales.

El foco del análisis propuesto se centrará en el instituto de la opción excluyente, respecto del cual se intentará realizar una descripción adecuada a fin de poder lograr una valoración razonable de su validez constitucional.

Otro de los aspectos más controvertidos de la ley 26.773 es el desplazamiento de competencia hacia los tribunales civiles en aquellos casos en que se efectúe la opción en sentido de una reclamación integral por vía civil², con el agravante de que, en tales casos, se deberá aplicar “la legislación de fondo, de forma y los principios correspondientes al derecho civil”.³

² Art. 17 inc 2° ley 26.773.

³ Art. 4 ley 26.773.

Este desplazamiento de competencia, no sólo ha sido criticado por la doctrina, sino, incluso, declarado inconstitucional por numerosos fallos de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, así como de tribunales superiores del interior del país.

Si bien la ley 26.773 trata muchas cuestiones importantes, como las referidas al mecanismo de cálculo de las indemnizaciones tarifadas, la regulación de honorarios y el principio general de pago único, entre otras, las implicancias del sistema de opción excluyente, el desplazamiento de competencia hacia los tribunales civiles y la aplicación del derecho de fondo y de forma de la legislación civil en causas de reparación de daños que se producen en el marco del cumplimiento de un contrato laboral son los aspectos más controvertidos de la misma, y son aquellos en los que se centrará la presente investigación.

En primer lugar, se realizará una reseña histórica en la que se tratará de dejar constancia de cuál fue la trayectoria que el instituto de la opción excluyente ha tenido en la legislación nacional sobre accidentes de trabajo, teniendo en cuenta la reforma constitucional de 1994 y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (capítulos I y II).

En una segunda etapa, se analizará específicamente la ley 26.773, en el marco de las distintas posturas que la doctrina y la jurisprudencia han tomado a partir de su sanción. En esta etapa se tratará de exponer y valorar, con la mayor objetividad posible, los argumentos a favor y en contra de la constitucionalidad tanto del sistema de opción excluyente en sí mismo como de su aspecto más notorio, a saber, el régimen de competencias establecido para aquellas causas que se fundamenten en el derecho civil (capítulos III a VI).

Por último, se expondrán las conclusiones finales extraídas a partir de una valoración integral de la información analizada a lo largo del trabajo.

Capítulo I: Antecedentes legales

1.1 El principio protectorio:

La Constitución Nacional de 1853 fue una expresión de los principios liberales del siglo XIX y, en esa línea, reconoce el derecho a trabajar y ejercer toda industria lícita⁴, pero no enumera derechos sociales. En aquella época, el mundo del trabajo era regulado por el Código Civil y el Código de Comercio, y regía plenamente el principio de la autonomía de la voluntad (De Diego, 2002).

Bajo el paradigma del liberalismo se tenían en cuenta los derechos individuales, y la función del Estado era la de ser un guardián del orden jurídico contractual, es decir, de lo que las partes pactaban libremente (Vazquez Vialard, 1999).

Pero desde principios del siglo XX, nuestro ordenamiento jurídico ha ido incorporando progresivamente una serie de normas que en cada caso expresaron el reconocimiento de una realidad social que debía ser regulada en el marco de principios de derecho diferentes a los que imperaban al sancionarse la Constitución Nacional de 1853.

A causa de factores políticos, sociales y económicos, el principio de la autonomía de la voluntad se ha ido relativizando a lo largo del siglo XX, al reconocerse que las partes de una negociación contractual no siempre se encuentran en igualdad de condiciones para negociar los términos del contrato, lo que puede dar lugar a situaciones de injusticia.

Dice la Corte Suprema:

En efecto, es manifiesto que el art. 14 bis de la Constitución Nacional no ha tenido otra finalidad que hacer de todo hombre y mujer trabajadores, sujetos de preferente tutela constitucional. Al prescribir lo que dio en llamarse el principio protectorio: "El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes", y al precisar que éstas "asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor", la reforma

⁴Art. 14 C.N.

constitucional de 1957 se erige en una suerte de hito mayúsculo en el desarrollo de nuestro orden constitucional, por haber enriquecido el bagaje humanista del texto de 1853-1860 con los renovadores impulsos del constitucionalismo social desplegados, a escala universal, en la primera mitad del siglo XX. Impulsos estos percibidos por la Corte en temprana hora (1938) [...] ⁵

El énfasis que el constitucionalismo social coloca en el salario, en las condiciones laborales y en las asociaciones gremiales, apunta hacia un mayor equilibrio en la relación entre empleador y empleado. (Carnota y Maraniello, 2008)

En este contexto general, el derecho del trabajo ha ido incorporando una serie de normas de orden público, en virtud de las cuales las relaciones laborales dejan de sustentarse en la autonomía de la voluntad de las partes, para ser reguladas por un paradigma normativo que impone límites a los términos posibles de la contratación. La intervención del Estado “se expresa a través de normas mínimas y máximas que restringen el ámbito de la autonomía de la voluntad” (Vazquez Vialard, 1999, p. 81).

La primera ley laboral sancionada en Argentina fue la ley 4.611 del año 1905, que prohibió el trabajo los días domingo y que dio inicio a una serie de medidas protectoras, tales como la limitación de la jornada, la regulación del trabajo de mujeres y niños y la protección contra los accidentes de trabajo, entre muchas otras (Grisolía, 2013). Aunque, cabe señalarlo, aquel reconocimiento del descanso dominical estaba fundado más “en la presión de la Iglesia que en una clara intención tuitiva” (De Diego, 2002, p. 51).

Esta creación normativa, además, fue acompañada por un cuerpo doctrinario que contiene principios comunes. Estos principios “constituyen directivas que inspiran el sentido de las normas laborales, de acuerdo con criterios distintos de los que se dan en otras ramas jurídicas” (Vazquez Vialard, 1999, p. 188).

A partir del año 1943 comienza a implantarse, desde el ámbito oficial, una concepción social que impulsa una transformación en la legislación y las relaciones laborales en nuestro país, siendo importante destacar la creación de la Secretaría de

⁵ CSJN, “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidente 9688”, fallos: 327:3753 (2004), cons. 7°.

Trabajo y Previsión (antecedente inmediato del Ministerio de Trabajo), así como la creación, en el año 1944, de los primeros tribunales del trabajo. (Grisolía, 2013)

Momentos clave en este desarrollo fueron la constitución de 1946 (que reconocía explícitamente los derechos sociales), la incorporación, en esa misma línea, del art. 14 bis a la actual C.N. luego de la derogación de la Constitución de 1946, la sanción de la Ley de Contrato de Trabajo (ley 20.744) y la reforma constitucional de 1994 (que elevó a rango constitucional numerosos instrumentos internacionales de Derechos Humanos).

Particularmente interesante nos resulta aquí la mencionada Ley de Contrato de Trabajo, ya que en ella se establecen numerosas disposiciones que intentan equilibrar la capacidad de negociación de las partes en la relación laboral, como la regla de la condición más favorable (arts. 7 y 8), la regla de la norma más favorable (art. 9, primer párrafo), y la regla de in dubio pro operario (art. 9, segundo párrafo), además de otros principios del derecho laboral, como el principio de gratuidad (art. 20).

Estas disposiciones enuncian el llamado principio protectorio, “cuya esencia se observa en toda LCT y es la materialización de la protección legal consagrada en el art. 14 bis de la CN” (Grisolía, 2013, p 25)⁶, siendo conveniente señalar que normas constitucionales como el art. 14 bis constituyen un programa que establece metas a las cuales deben aspirar las leyes positivas (Vazquez Vialard, 1999).

El mencionado principio protectorio conlleva una directiva para el legislador “a fin de que adopte las técnicas del caso para que se encarne en la realidad el precepto según el cual 'el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes'” (Vazquez Vialard, 1999, p. 119), teniendo en cuenta que tal garantía no se limita a los puntos que detalló el constituyente “sino que también comprende otros que resultan necesarios para preservar los derechos de las partes, que en la relación jurídica tiene menor capacidad de diálogo” (Vazquez Vialard, 1999, p. 120).

Este último punto es fundamental ya que, en la medida de su acierto, daría una pauta para definir los límites a los que se encontraría sujeto el legislador a la hora de

⁶ Art. 14 bis C.N.

regular cuestiones de materia laboral. En tal sentido, la discrecionalidad del legislador encuentra límites en el carácter tuitivo del paradigma constitucional vigente.

1.2. La ley 9.688 y el sistema de opción excluyente:

En 1915 fue sancionada la ley 9.688 de Riesgos de Trabajo que, en su artículo 17, establecía un sistema de opción excluyente entre el sistema especial de reparaciones y el derivado del derecho civil:

Los obreros y empleados a que se refiere esta ley podrán optar entre la acción de indemnización especial que les confiere la misma, o las que pudieran corresponderles según el derecho común, por causa de dolo o negligencia del patrón. Sin embargo, ambas son excluyentes [...] ⁷

El régimen especial establecía un sistema objetivo de atribución de la responsabilidad del empleador, siempre que el siniestro se produjera “por el hecho o en ocasión del trabajo o por caso fortuito o fuerza mayor inherente al mismo”. ⁸ En cambio, el sistema de responsabilidad que implicaba la elección de la opción civil era subjetivo y requería, como factor de atribución, el dolo o la culpa del empleador (Foglia, 2015b).

En otras palabras, en caso de producirse un infortunio laboral, el trabajador solamente tenía la posibilidad de acceder a una reparación integral si mediaba culpa o dolo por parte del empleador, pero, en ese supuesto, debía renunciar a las indemnizaciones que le correspondían en virtud de la ley especial.

Respecto de las causas promovidas con fundamento en la ley 9.688, las mismas tramitaban, hasta la creación del fuero del trabajo, ante los jueces civiles o comerciales, según el caso, tanto en el ámbito de la Capital Federal como en el de los territorios nacionales. (Foglia, 2015a)

1.3. La ley 17.711 y la responsabilidad objetiva:

Con la reforma de la ley 17.711, del año 1968, se introduce en el art. 1113 del

⁷ Art. 17 ley 9.688 de Accidentes de Trabajo.

⁸ Art. 1 ley 9.688 de Accidentes de Trabajo.

C.C. un supuesto de responsabilidad objetiva como factor de atribución, receptándose así la teoría del riesgo creado, lo cual igualó uno de los aspectos que diferenciaba el sistema del régimen especial y el común, ya que, respecto de la opción civil, “se admitió que procedía la reparación de los daños producidos por el riesgo o vicio de la cosa” (Vazquez Vialard, 1999b, p. 570).

Por lo tanto, en caso de que el trabajador damnificado optara por iniciar una acción contra su empleador fundada en el derecho civil ya no debía acreditar la existencia de culpa o dolo, lo cual constituyó un avance en la tutela de sus derechos, aunque, en ese caso, se mantenía la obligada renuncia a las indemnizaciones de la ley 9.688,

1.4. La ley 24.028 y la competencia de los tribunales civiles:

La ley 9.688 fue derogada en 1991 por la ley 24.028, que mantenía el sistema de la opción excluyente:

El trabajador o sus causahabientes, según el caso, podrán optar entre los derechos e indemnizaciones que les corresponden según el sistema de responsabilidad especial que se establece en esta Ley o los que pudieran corresponderles según el derecho civil. Sin embargo, ambos sistemas de responsabilidad son excluyentes [...] ⁹

Al igual que en la ley anterior, la indemnización del régimen especial era tarifada. En caso de optar por la vía civil, también se aplicaba la responsabilidad objetiva introducida por la ley 17.711.

Otro aspecto importante de la ley 24.028 fue el hecho de que otorgaba a los jueces civiles la competencia para entender en las acciones de reparación por daños que se fundamentaban en el Código Civil. (Foglia, 2015^a)

Dice la norma:

“Para las acciones de derecho civil se aplicará la legislación de fondo, de forma y los principios correspondientes al derecho civil [...]. En la Capital Federal será

⁹ Art. 16 ley 24.028 de Accidentes de Trabajo.

competente la justicia civil.”¹⁰

“Invítase a las provincias para que determinen la competencia en esta materia, según el criterio establecido precedentemente.”¹¹

1.5. La ley 24.557. La doble vía en caso de dolo del empleador y el principio de prevención:

En 1995 se dicta la ley 24.557 (Ley de Riesgos del Trabajo), hoy vigente, aunque modificada, entre otras normas, por la ley 26.773 del año 2012.

Con la sanción de la mencionada ley, el régimen de prevención y reparación de los riesgos del trabajo se inscribe como un subsistema de la seguridad social, lo que la diferencia de los sistemas anteriores, los cuales se basaban en la responsabilidad individual del empleador, y esta distinción es de gran importancia, ya que en un sistema de responsabilidad individual se deben acreditar los presupuestos de la responsabilidad civil, como el nexo causal y la existencia del daño, mientras en el sistema de la seguridad social se mira la contingencia sin reparar en quién es el responsable del daño (Ramírez, s.f.).

La Ley de Riesgos del Trabajo derogó la ley 24.028 y estableció un sistema por el cual se eximía a los empleadores de las responsabilidades civiles salvo en caso de dolo¹², es decir que ya no se aplicaría la responsabilidad por culpa (art. 1109 Cód. Civil) ni la responsabilidad objetiva (art. 1113 Cód. Civil) en caso de iniciarse una acción por vía civil.

En caso de configurarse el presupuesto subjetivo del art. 1072 del Código Civil (dolo del empleador) no había opción excluyente, sino que el trabajador tenía derecho a percibir las indemnizaciones de la Ley de Riesgos del Trabajo, y reclamar contra el empleador la reparación integral fundada en el Código Civil (Foglia, 2013).

Es decir que se reconocía explícitamente la posibilidad de reclamar las

¹⁰ Art. 16 ley 24.028 de Accidentes de Trabajo.

¹¹ Ídem.

¹² Art. 39 inc. 1° ley 24.557 de Riesgos del Trabajo, derogado por el art. 17 inc. 1° de la ley 26.773.

indemnizaciones del régimen tarifado y, al mismo tiempo, buscar una reparación integral basada en el Código Civil, pero de manera restringida en cuanto al factor de atribución admitido para configurar la responsabilidad civil del empleador.

La Ley de Riesgos del Trabajo tiene como principal objetivo la reducción de la siniestralidad laboral mediante la prevención de los riesgos derivados del trabajo, pero también contempla la reparación de los daños ocasionados por accidentes laborales y enfermedades profesionales, así como la rehabilitación del trabajador.¹³

Si, a pesar de la prevención, el trabajador sufre algún daño, el sistema no se limita a reparar dicho daño mediante el pago de una suma de dinero, sino que, además, se contempla la prestación médica integral del accidentado, su rehabilitación y reinserción laboral. (Grisolía, 2013)

Respecto de los empleadores establece un seguro obligatorio que deben contratar en entidades privadas especializadas, las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo (ART), pero en caso de acreditar solvencia económica y financiera para afrontar las prestaciones que establece la ley y garanticen los servicios necesarios para otorgar dichas prestaciones, podrán autoasegurarse.¹⁴

Las ART se encuentran supervisadas por la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, organismo autárquico creado por la propia Ley de Riesgos del Trabajo, y que funciona en la órbita del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación.¹⁵

Entre las funciones de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo se encuentran las de controlar el cumplimiento de las normas de higiene y seguridad, así como supervisar y fiscalizar el funcionamiento de las ART.

También cuenta, entre sus funciones, el dictar las disposiciones complementarias por delegación de la Ley de Riesgos del Trabajo o de decretos reglamentarios¹⁶, como la Resolución 861/2015 o Protocolo para medición de contaminantes químicos en el aire de

¹³ Art. 1 ley 24.557 de Riesgos del Trabajo.

¹⁴ Art. 3 ley 24.557 de Riesgos del Trabajo.

¹⁵ Art. 36 ley 24.557 de Riesgos del Trabajo.

¹⁶ Art. 36 inc. a. ley 24.557 de Riesgos del Trabajo.

un ambiente de trabajo, la Resolución 85/2012 o Protocolo para la medición del nivel de ruido en el ambiente laboral, la Resolución 1528/2012 o Protocolo para el tratamiento de las lesiones traumáticas de los miembros superiores, la Resolución 696/2013 o Protocolización para el tratamiento de las principales lesiones por accidentes de trabajo en la columna vertebral, entre otras.¹⁷

Otras novedades importantes que introduce la Ley de Riesgos del Trabajo son, por un lado, la creación de un listado taxativo de enfermedades profesionales y, por el otro, el otorgamiento de facultades a las Comisiones Médicas y la Comisión Médica Central, creadas por la ley 24.241, para resolver posibles conflictos entre las ART y el damnificado o sus derechohabientes¹⁸, es decir, que se le otorga facultades jurisdiccionales a órganos no judiciales.

Además, las Comisiones Médicas están facultadas para determinar la naturaleza laboral del accidente o enfermedad profesional, el carácter y grado de la incapacidad, así como el contenido y alcance de las prestaciones en especie.¹⁹

El art. 6 de la Ley de Riesgos del Trabajo define a las enfermedades profesionales como aquellas incluidas en el listado elaborado por el Poder Ejecutivo según el procedimiento establecido por la misma ley, pero también aquellas que en cada caso concreto la Comisión Médica Central determina como provocadas por causa del trabajo.

Cuando el trabajador invoca la existencia de una enfermedad profesional, y la ART considera que dicha enfermedad no se encuentra incluida en el listado de enfermedades profesionales, aquel debe solicitar, mediante petición fundada, la intervención de la Comisión Médica Jurisdiccional.²⁰

La Ley de Riesgos del Trabajo establece que:

Las resoluciones de las comisiones médicas provinciales serán recurribles y se sustanciarán ante el juez federal con competencia en cada provincia [...] o ante la

¹⁷ Protocolos. Fuente: *Superintendencia de Riesgos del Trabajo*. Recuperado el 17 de octubre de 2015 de <http://www.srt.gob.ar/index.php/protocolos>

¹⁸ Art. 21 ley 24.557 de Riesgos del Trabajo.

¹⁹ Art. 21 ley 24.557 de Riesgos del Trabajo.

²⁰ Art. 6 inc 2° ley 24.557 de Riesgos del Trabajo.

Comisión Médica Central a opción de cada trabajador.

[...]

Las resoluciones que dicte el juez federal [...] y las que dicte la Comisión Médica Central serán recurribles ante la Cámara Federal de la Seguridad Social. [...] ²¹

Además, el art. 46 inc. 2° de la ley 24.557, manteniendo el criterio del art. 16 de la derogada ley 24.028, establece que, para el caso de la demanda por vía civil son competentes los tribunales civiles en el ámbito de la Capital Federal, invitándose a las provincias a adherir a dicho desplazamiento de competencia, fórmula que se repite en el art. 17 inc. 2° de la ley 26.773.

Foglia (2015a) menciona, además, que en 1998 la Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció, en autos “Jordán, Antonio V. otro c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otro s/ accidente”, que los tribunales de trabajo eran los competentes para entender en acciones fundadas en las disposiciones del Código Civil.

1.6. Las prestaciones de la Ley de Riesgos del Trabajo a partir de la sanción de la ley 26.773:

Las aseguradoras (ART) o los autoasegurados pueden contratar a sus prestadores o, también, contar con centros propios. Las ART tienen la obligación de realizar exámenes médicos a los trabajadores de forma periódica (los exámenes preocupacionales son a cargo del empleador, pero puede pactarse sus realización por las ART).

La Ley de Riesgos del Trabajo establece dos tipos de prestaciones: las prestaciones en especie (asistencia médica y farmacéutica; prótesis y ortopedia; rehabilitación; recalificación profesional y servicio funerario²²) y las prestaciones dinerarias²³ que tienen por finalidad reemplazar los ingresos que hubiera percibido el trabajador de no haberse visto impedido de trabajar por causa de su incapacidad (Grisolía,

²¹ Art. 46 inc. 1° ley 24.557 de Riesgos del Trabajo.

²² Ley 24.557, art. 20.

²³ Ídem, arts. 11 a 19.

2013).

El monto de dichas prestaciones se determina a partir del “ingreso base”, que consiste en dividir la suma del total de las remuneraciones sujetas a aportes y contribuciones, devengadas durante los doce meses anteriores a la primera manifestación invalidante, o en el tiempo de prestación de servicio, si este fuera inferior a un año, por el número de días corridos en dicho período (Grisolía, 2013).

En caso de incapacidad laboral temporaria (aquella cuya duración no supera los doce meses contados desde la producción del accidente, o desde la primera manifestación invalidante), el trabajador recibirá una suma mensual no remuneratoria, equivalente al ingreso base, pero durante los diez primeros días, dicha prestación estará a cargo del empleador. Antes de transcurridos los doce meses, la incapacidad laboral temporaria puede extinguirse por alta médica o por muerte o jubilación del trabajador (Grisolía, 2013).

La incapacidad laboral permanente puede ser provisoria (que comienza con la finalización de la incapacidad laboral temporaria y se extiende hasta los treinta y seis meses, pudiendo adicionarse veinticuatro meses más) o definitiva, y, a su vez, puede ser parcial (menor de 66%) o total (66% o más).²⁴

Para ejemplificar, en caso de incapacidad laboral permanente definitiva y total, durante el período provisional la aseguradora paga al trabajador una suma equivalente al 70% del salario del trabajador más asignaciones familiares. A partir de ser definitiva, el trabajador percibe una renta periódica (que puede reclamarse en pago único) que se determina sobre un capital consistente en multiplicar el ingreso base por 53 y por el coeficiente de edad que se establece dividiendo 65 por la edad del trabajador (Grisolía, 2013).

En caso de gran invalidez (incapacidad laboral permanente total en la que el afectado necesita asistencia continua de otra persona²⁵), además, el damnificado percibe de la ART una prestación mensual vitalicia que puede percibirse de una sola vez, y un

²⁴ Ídem, arts. 8 y 9.

²⁵ Ídem, art 10.

monto en forma de pago único ajustable por RIPTE, además del adicional del 20% por cualquier otro daño, situación similar a la de los derechohabientes en caso de muerte, quienes, además, perciben las prestaciones por fallecimiento, sin olvidar que en los casos de muerte o incapacidad total, dicho adicional cuenta con un piso mínimo ajustable por RIPTE (Grisolía, 2013).

Capítulo II: La protección del trabajador en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

2.1. El caso “Aquino”. Posibilidad de reclamar con fundamento en el derecho civil:

En septiembre de 2004, la CSJN declara inconstitucional el art. 39 inc. 1° de la Ley de Riesgos del Trabajo,²⁶ que restringía la posibilidad de reclamar por vía civil al supuesto de dolo del empleador, permitiendo que la acción civil pueda fundarse tanto en la culpa del empleador como en la responsabilidad objetiva, es decir, abriendo el camino de la reparación integral por vía civil. Para ese entonces, luego de que el país atravesara un período de crisis económica, la composición de la CSJN había cambiado, lo cual trajo aparejado un cambio en la interpretación de la Corte en la materia, ya que en 2002 (en autos: “Gorosito, Juan Ramón c/ Riva S.A. y otro s/ accidentes art. 1113 C.C. - daños y perjuicios- inconst. art. 39 L. 24.557”), el Máximo Tribunal había declarado constitucional el art. 39 inc 1° de la ley 24.557.

El caso “Aquino” se relacionaba con una incapacidad total y definitiva devenida a raíz de un accidente de trabajo producido cuando el empleado se encontraba realizando tareas que no eran específicas de su categoría, y sin contar con los elementos de seguridad necesarios.

El empleado se encontraba trabajando “siguiendo las directivas de su empleadora [...], sin que se le hubiera provisto ningún elemento de seguridad”²⁷.

²⁶ CSJN, “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidente 9688”, fallos: 327:3753 (2004).

²⁷ Ídem, III.

En el fallo, la Corte expresa:

[...] la LRT, al excluir, sin reemplazarla con análogos alcances, la tutela de los arts. 1109 y 1113 del Código Civil, no se adecua a los lineamientos constitucionales antes expuestos, a pesar de haber proclamado que tiene entre sus "objetivos", en lo que interesa, "reparar los daños derivados de accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales" (art. 1, inc. 2.b). Ha negado, a la hora de proteger la integridad psíquica, física y moral del trabajador, frente a supuestos regidos por el principio *alterum non laedere*, la consideración plena de la persona humana y los imperativos de justicia de la reparación, seguidos por nuestra Constitución Nacional [...] ²⁸

Respecto de lo que sucede con ley 26.773, puede verse que se está ante una situación análoga, en el sentido de que la opción con renuncia implica que se excluye sin que sea reemplazada la protección del Código Civil, ya que un régimen tarifado excluyente, por más que cuente con mecanismos de actualización, carece por definición de la razonabilidad que se asegura cuando una cuestión concreta es analizada por un órgano judicial competente que interviene y aplica su criterio.

Por otro lado, cuando el Máximo Tribunal se refiere al principio "*alterum non laedere*", se implica la prohibición de dañar a los demás, consagrada en el art. 19 de la C.N. y que se encuentra íntimamente relacionada con el deber de reparar.²⁹ Las responsabilidades de los arts. 1113 y 1109 del C.C. consagran dicho principio general y no son exclusivas y excluyentes del derecho privado, sino que se extienden a cualquier disciplina jurídica.³⁰

En tal sentido, se pregunta Schick (2013), citando a Mosset Iturraspe, si puede haber un incentivo más poderoso para no dañar que la posibilidad de sufrir una condena judicial por resarcimiento. Debe entenderse que no, y es por eso que resulta verosímil pensar que los empleadores podrían reducir sus inversiones en seguridad, lo cual significa acrecentar la vulnerabilidad del trabajador.

Además, según la Corte, es deber del Congreso conferir la mayor amplitud posible

²⁸ Ídem, cons. 7°.

²⁹ Ídem, cons. 3°.

³⁰ Ibidem.

al principio alterum non laedere y evitar limitaciones que alteren los derechos reconocidos por la Constitución Nacional, según lo establecido en el art. 28 del texto fundamental.³¹

La Corte agrega que la reparación también habrá de comprender, de haberse producido, el daño moral, y que en el ámbito del trabajo también corresponde indemnizar la pérdida de chance, si es que el daño producido impide al damnificado la posterior posibilidad de ascender en su carrera. Y esto se encuentra en correspondencia con los principios humanísticos de la Constitución Nacional en el sentido de que el hombre es el centro del sistema jurídico y su persona constituye un valor fundamental.³²

La Corte señala, también, que una indemnización que no resulta justa es inconstitucional, puesto que indemnizar implica resarcir íntegramente el daño, lo cual no se logra si dicho daño subsiste de alguna forma.³³

En tal sentido, el Máximo Tribunal sostiene que, a diferencia de lo que ocurre en el derecho civil:

[...] el sistema de la LRT se aparta de la concepción reparadora integral, pues no admite indemnización por ningún otro daño que no fuera la pérdida de capacidad de ganancias del trabajador, la cual, a su vez, resulta conmensurable de manera restringida.³⁴

Ya que la LRT indemniza únicamente daños materiales y, dentro de ellos, “el lucro cesante: pérdida de ganancias que, asimismo, evalúa menguadamente”.³⁵

Aún más:

[...] el hecho de ser constitucionalmente inválido, en determinados supuestos, que la mentada prestación de la LRT origine la exención de responsabilidad civil del empleador (art. 39, inc. 1), no obsta a que las aseguradoras de riesgos del trabajo deban

³¹ Ídem, cons. 9°.

³² Ibídem.

³³ Ídem, cons. 4°.

³⁴ Ídem, cons. 6°.

³⁵ Ibídem.

satisfacer las obligaciones que han contraído en el marco de la citada ley.³⁶

Siguiendo esta línea, la Corte ha considerado que a partir de la inconstitucionalidad del art. 39 inc. 1° de la Ley de Riesgos del Trabajo no había impedimento para la acumulación del régimen especial y el establecido por el derecho común. (Ramírez, 2012)

Por ejemplo, en los casos “Cura, Hugo Orlando c/ Frigorífico Rosama S.A s/ accidente. Acción civil” y “Mosca, Hugo Arnaldo c/ Buenos Aires, Provincia de (Policía bonaerense) y otros s/ daños y perjuicios”, el Alto Tribunal estableció que la reparación del régimen especial y el común son complementarias, y que el empleador es responsable por la diferencia, en caso de que la reparación integral sea superior a la tarifada (Foglia, 2015b).

De todo lo anterior, se puede deducir que, para la Corte Suprema, el punto de referencia a partir del cual debe establecerse si una indemnización por accidente de trabajo es justa, es el que corresponde según un pronunciamiento judicial con fundamento en la ley civil, en el sentido de que la misma constituye un piso mínimo, respecto del cual la reparación de la ley especial no puede ser inferior. Pero ocurre que si la opción por el régimen tarifado no posibilita la posterior revisión judicial, se pierde la certeza de si la indemnización es verdaderamente justa, lo que implica una negación de acceso a la justicia.

2.2. Los casos “Llosco” y “Cachambi. Introducción de la doble vía:

En el caso “Llosco”³⁷, la Corte Suprema de Justicia de la Nación admitió el recurso extraordinario de un trabajador que, luego de sufrir un accidente laboral, y de cobrar una indemnización por parte de la ART, realizó una demanda a su empleador para cobrar una indemnización integral por incapacidad permanente, con fundamento en el derecho civil y en el planteamiento de inconstitucionalidad del art. 39 inc 1° de la Ley de Riesgos del Trabajo, según la doctrina sentada por la Corte Suprema en el caso “Aquino”.

En instancias anteriores, tanto el Supremo Tribunal de Justicia de Jujuy como los

³⁶ Ídem, cons. 14°.

³⁷ CSJN, “Llosco Raúl c/ Irmi SA”, fallos: 330:2696 (2007).

tribunales inferiores habían rechazado la demanda argumentando que el trabajador se había sometido voluntariamente a la Ley de Riesgos del Trabajo al aceptar la indemnización tarifada de la ART, y que, por lo tanto, no podía ahora reclamar la inconstitucionalidad de dicha ley (Bourdin, 2007).

La Corte Suprema desestimó el criterio del Superior Tribunal de Jujuy, estableciendo que, si bien el sometimiento voluntario a un régimen jurídico impide impugnar posteriormente dicho régimen con fundamento constitucional, “la aplicación de este enunciado, por su carácter general, no puede soslayar las precisiones o matices”³⁸. Por lo tanto, la invocación de determinados preceptos no conlleva la renuncia tácita del derecho de impugnar aquellos que sean contrarios a la Constitución o a las leyes, ya que un código o una ley pueden tener preceptos nulos que no invalidan el resto de los preceptos que conforman la norma, “salvo que entre unos y otros exista interdependencia o solidaridad inexcusable”.³⁹

Y puesto que las normas que rigen la relación entre el damnificado y la ART son independientes de aquellas que rigen la relación entre aquél y el empleador, no existe impedimento para el damnificado en recibir de la ART la indemnización que establece La ley de Riesgos del Trabajo, y luego impugnar los preceptos de dicha ley que le impidan reclamar al empleador. (Bourdin, 2007)

Por último, la Corte agrega, citando el caso “Aquino”, que:

[...] aún cuando recayera la declaración de invalidez del citado art. 39 inc. 1, de la LRT, ello no acarrearía la frustración de los elevados propósitos de automaticidad y celeridad de las prestaciones perseguidos por la LRT, por cuanto esa circunstancia no obsta a que las aseguradoras de riesgos del trabajo deban cumplir con las obligaciones que han contraído en el marco de aquella [...] ⁴⁰

Y esto es razonable, ya que no se puede, tratándose de accidentes laborales, soslayar el hecho de que el trabajador, en general, se encuentra en una situación de vulnerabilidad económica que resulta tutelada mediante la “automaticidad y celeridad de

³⁸ Ídem, cons. 3°.

³⁹ Ibídem.

⁴⁰ Ídem, cons. 5°.

las prestaciones perseguidas por la LRT”. En otras palabras, ante el apremio, el sistema del régimen tarifado otorga al trabajador una cobertura inmediata, pero esto no debe excluir el hecho de que dicha cobertura sea luego revisada judicialmente para determinar su razonabilidad.

En resumen, si en la causa “Aquino” la Corte había establecido la posibilidad de optar por un reclamo fundado en el derecho civil, sin que se requiriera el dolo del empleador, en “Llosco” queda consagrado el principio de la “doble vía” (Bourdin, 2007), es decir, la posibilidad de que el damnificado por infortunios laborales pueda acceder a una reparación inmediata, independientemente de la posibilidad de ampliar dicha reparación en caso de que ello sea procedente.

En Cachambi, el trabajador reclamó a su empleadora una indemnización fundada en el derecho civil por una incapacidad permanente producida a consecuencia de un accidente laboral, alegando la inconstitucionalidad del art. 39 inc. 1° de la Ley de Riesgos del Trabajo.

La demanda fue rechazada por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy, que se fundó en el antecedente “Gorosito”, del año 2002, donde la Corte Suprema de Justicia de la Nación se había pronunciado por la constitucionalidad del art. 39 inc. 1° de la Ley de Riesgos del Trabajo.

Al respecto, la Corte recuerda que en 2004, el mencionado artículo fue declarado inconstitucional en el fallo “Aquino”⁴¹.

Además, siguiendo el criterio establecido en “Llosco”, considera que “el sometimiento de una persona a determinados preceptos de una ley no implica, necesariamente, su inhabilidad para impugnar otros del mismo cuerpo legal salvo que, entre unos y otros, exista interdependencia”⁴².

⁴¹ CSJN, “Cachambi, Santos c/ Ingenio Río Grande S.A.”, Fallos: 330:2685 (2007), cons. 5°.

⁴² Ídem, cons. 1°.

2.3. El caso “Castillo”. La competencia de los tribunales federales:

En el año 2004, en el precedente “Castillo”, la Corte declaró la inconstitucionalidad del art. 46 inc. 1° de la Ley de Riesgos del Trabajo, estableciendo que la justicia provincial y no la federal es la competente para entender en causas relacionadas con accidentes laborales.⁴³

En el caso, el actor reclamó a su empleadora una indemnización por incapacidad ante la justicia laboral de Mendoza, citando en garantía a la ART, sin pasar por las comisiones médicas, e impugnando el art. 46 inc. 1° que establece la competencia de los jueces federales o, a opción del trabajador, de la Comisión Médica Central, comoalzada de las resoluciones de las comisiones médicas.

En el fallo se confirma la declaración de inconstitucionalidad del art. 46 inc. 1° de la Ley de Riesgos del Trabajo, dictada por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, y fundada en el hecho de que “las atribuciones jurisdiccionales de las comisiones médicas son violatorias de la garantía del debido proceso, y chocan con las disposiciones del art. 18 de la C.N, que aseguran un acceso irrestricto a la justicia” (Grisolía, 2013, p. 307).

En esta ocasión, la Corte Suprema sostuvo que desde 1917 es su postura constante entender que la responsabilidad por accidentes del trabajo ocurridos en ocasión del cumplimiento de un contrato laboral es de carácter común, ya que entran en las materias enumeradas por los arts. 75 inc. 12 y 116 de la Constitución Nacional, en tanto que corresponde al Congreso Nacional dictar los códigos del Trabajo y Seguridad Social, mientras la competencia para entender en tales materias es propia de las provincias, ya que la competencia de los tribunales federales es restrictiva, de excepción y con atribuciones limitadas a los casos del art 116 de dicha Carta Fundamental.⁴⁴

Se supera, así, la desigualdad que existía entre los trabajadores y las compañías aseguradoras, siendo que los primeros debían enfrentar, sin defensa letrada, a dichas compañías aseguradoras, someterse a la decisión de comisiones médicas, y en caso de

⁴³ CSJN, “Castillo, Ángel S. c. Cerámica Alberdi S.A”, Fallos 327:3610 (2004).

⁴⁴ Ídem, cons. 4°.

disconformidad, acudir ante el juez federal o la Comisión Médica Central , teniendo estos comoalzada a la Cámara Federal de la Seguridad Social, lo que significaba, en definitiva, el sometimiento a un régimen en el que virtualmente se les negaba el acceso inmediato a la justicia y el debido proceso.⁴⁵

A partir de esta sentencia, las víctimas de accidentes de trabajo podían recurrir directamente ante los jueces laborales de cada provincia para accionar contra la A.R.T., percibir las indemnizaciones tarifadas de la Ley de Riesgos del Trabajo y, acumulativamente, las provenientes del Derecho Civil, conforme la doctrina sentada en el caso “Aquino”.⁴⁶ Es decir, podían “acumular, en la misma acción judicial laboral contra el empleador, la dirigida contra la ART para la percepción de las llamadas prestaciones dinerarias de la ley especial” (Schick, 2013, 2.1.).

El desplazamiento de competencia que establece la ley 26.773 desde los tribunales de trabajo hacia los tribunales civiles, en caso de optar el trabajador por la vía de la reparación integral, se aparta de esta doctrina que había reforzado la importancia de los principios del debido proceso y del juez natural en causas laborales.

En relación a este tema, también se ha cuestionado la competencia de las comisiones médicas para resolver desacuerdos entre los trabajadores accidentados y las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo, en tanto que las comisiones médicas revisten carácter federal y son órganos administrativos a los que se les atribuye competencia judicial.

En tal sentido se ha declarado:

[...] el Tribunal RESUELVE: I) Rechazar la defensa de falta de acción planteada por [...] la inconstitucionalidad del art. 46° inc. 1, de la ley 24.557 por violentar la atribución de competencias establecida por el art. 75 inc. 12 de la C.N., de los arts. 8 inc. 3, 21 y 22 de la ley 24.557 y del trámite recursivo previsto en el decreto 717/96, por afectar el derecho a la defensa en juicio del accionante (art. 18 C.N.) y por atribuir

⁴⁵ La Corte declaró inconstitucional el procedimiento de la Ley de Riesgos del Trabajo. (Fallo Comentado: Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS) ~ 2004/09/07 ~ Castillo, Ángel S. c. Cerámica Alberdi S.A.). Recuperado el 7 de agosto de 2015 de http://www.estudioschick.com.ar/p_12.pdf

⁴⁶ Ídem.

competencia judicial a órganos administrativos que carecen de incumbencias suficientes para ello (art. 105 de la C.N.) [...] ⁴⁷

2.4. El caso “Arostegui”. El cálculo de los montos indemnizatorios:

En el caso, el trabajador reclama a su empleador una indemnización por daños derivados de un accidente laboral, con base en el Código Civil.

La Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, basándose en la jurisprudencia de la CSJN en “Gorosito”, rechazó la inconstitucionalidad del art. 39 de la Ley de Riesgos del Trabajo al entender que, de la comparación de los montos concedidos por la Sala en causas similares, aplicando la fórmula de cálculo utilizada en la causa “Vuoto”, se desprendería que la suma que percibiría el demandante basadas en la Ley de Riesgos del Trabajo sería superior. ⁴⁸

En “Gorosito” la Corte determinó que para declarar inconstitucional el art. 39 de la LRT debía acreditarse que de la comparación de los montos derivados de los sistemas de la LRT y del Código Civil se producía un grave perjuicio para el trabajador (Schick, 2008).

La Corte Suprema desestima el criterio del a quo al considerar que este, al utilizar una fórmula, determinó el resarcimiento correspondiente al derecho civil también mediante una tarifa y que, al hacerlo, valora a la persona humana en su dimensión material, como prestadora de servicios y, por ende, determina la reparación del daño teniendo en cuenta únicamente el salario que ganaba el trabajador al momento del accidente, así como el que hubiera percibido en el futuro. ⁴⁹

Luego, citando el fallo “Aquino”, sostiene que el valor de la vida humana no resulta apreciable sobre bases exclusivamente materiales, sino que las manifestaciones

⁴⁷ CT de Córdoba, Sala X, “Martín, Pablo Darío c/ MAPFRE ART S.A. – Ordinario – Accidente (ley de riesgos)” (2012).

⁴⁸ CSJN, “Arostegui Pablo Martín c/ Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo SA”, Fallos: 331:570 (2008). Dictamen del Procurador General, I.

⁴⁹ “Arostegui Pablo Martín c/ Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo SA”, Fallos: 331:570 (2008), cons. 1º.

del espíritu también deben tenerse en cuenta, de lo contrario se estaría valorando a la persona humana según su capacidad de producir bienes económicos.⁵⁰

Por lo tanto, para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la indemnización de los daños sufridos por un trabajador correspondientes al derecho civil no deben contemplar de manera reduccionista uno sólo de los aspectos que hacen a la persona humana, sino que se deben contemplar, además de los daños materiales, la incidencia de tales perjuicios en la vida social, deportiva, artística, etc.

Como señala Schick:

Las indemnizaciones tarifadas son sólo un punto de partida que contempla el menoscabo de la actividad productiva [...] pero este punto de partida de ninguna manera es una valla que impida que el trabajador tenga derecho a acceder a la reparación completa de todos los daños que sufrió [...]. Schick (2008, párr. 27)

Capítulo III: Ley 26.773

3.1. La ley 26.773:

A partir de la doctrina analizada en el capítulo anterior, comienza a perfilarse la necesidad de reformar el sistema, lo cual ocurre en octubre del año 2012 con la entrada en vigencia la ley 26.773. (Grisolía, 2013)

Esta ley (Régimen de Ordenamiento de la Reparación de los Daños derivados de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales) deroga los arts. 19 y 24, así como los incs. 1, 2 y 3 del art. 36 de la Ley de Riesgos del Trabajo, ya que, supuestamente, se pretendía receptor la jurisprudencia de la Corte Suprema en la materia. Pero, a pesar de la intención manifestada, la nueva ley no se atiene a los criterios de la jurisprudencia que pretende receptor.

⁵⁰ Ídem.

Por el contrario, esta ley reafirma las características del mismo sistema que la jurisprudencia había logrado superar, al instalar nuevamente, en su art. 4, el controvertido sistema de opción excluyente entre el sistema especial tarifado y el civil, y establecer, en su art. 17 inc. 2º, el desplazamiento de competencia hacia los tribunales civiles en caso de optar por la vía judicial.

Por lo tanto, coexisten dos sistemas excluyentes entre sí y no acumulativos: Por un lado, el sistema tarifado de la Ley de Riesgos del Trabajo, modificado por la ley 26.773, que se encuentra en la órbita de la seguridad social, pero gestionado por instituciones privadas (las ART), cuya afiliación a las mismas desvincula de responsabilidad al empleador y, por el otro, el sistema de responsabilidad individual del empleador que se circunscribe en el ámbito del derecho de daños que, por lo tanto, consiste en una acción civil (Suárez, s.f.).

Entre los aspectos más importantes de la ley 23.773 cabe mencionar el establecimiento del principio general indemnizatorio de pago único, que reemplaza el sistema de renta periódica⁵¹, y el establecimiento de un adicional dinerario del 20% en compensación por cualquier daño no reparado por las formulas de la ley, siempre que el daño se produzca en el lugar de trabajo o lo sufra el trabajador mientras se encuentre a disposición del empleador⁵².

También resulta importante el hecho de que, de ocurrir la muerte del trabajador, o padecer el mismo una incapacidad total, la ley 26.773 establece topes mínimos indemnizatorios que se ajustan periódicamente.⁵³

Las prestaciones dinerarias del régimen tarifado son mejoradas por esta ley, y se establecen ajustes semestrales de las mismas según el índice RIPTE (Remuneraciones Imponibles Promedio de los Trabajadores Estables).⁵⁴

⁵¹ Art. 2 ley 26.773.

⁵² Art. 3 ley 26.773.

⁵³ Ídem.

⁵⁴ Art. 8 ley 26.773.

3.2. *La opción excluyente con renuncia:*

Con la entrada en vigencia de la ley 26.773 volvió a instalarse el sistema de opción excluyente entre la reparación especial de la Ley de Riesgos del Trabajo y la reparación basada en el derecho común.

Dice la ley:

[...]

Los damnificados podrán optar de modo excluyente entre las indemnizaciones previstas en este régimen de reparación o las que les pudieran corresponder con fundamento en otros sistemas de responsabilidad. Los distintos sistemas de responsabilidad no serán acumulables.

El principio de cobro de sumas de dinero o la iniciación de una acción judicial en uno u otro sistema implicará que se ha ejercido la opción con plenos efectos sobre el evento dañoso.

[...] ⁵⁵

Si bien, como acabamos de leer, la ley establece que los sistemas de responsabilidad no son acumulables, más adelante agrega que cuando por sentencia judicial, conciliación o transacción corresponda indemnizar conforme a otros sistemas de responsabilidad, la ART debe depositar en el expediente lo que correspondía pagar según el régimen de la LRT, lo cual se deducirá del monto de la condena, conciliación o transacción. Pareciera, tal como señala Grisolía, que se trata de un “cúmulo sui géneris” (Grisolía, 2013, p. 314).

Pero lo que ocurre es que el trabajador damnificado deberá, en este caso, esperar a que su reclamo redunde en una sentencia, laudo o acuerdo conciliatorio para poder cobrar su indemnización. El núcleo de la cuestión aquí es que, salvo el caso de contar con otros medios de subsistencia, es evidente que existe una presión sobre el actor para optar

⁵⁵ Art. 4 ley 26.773.

por el régimen de la Ley de Riesgos del Trabajo.

Ahí bien, si en ciertos casos, por imposición de la realidad, la voluntad del damnificado se encuentra viciada, debe concluirse que dicho acto jurídico debe ser declarado nulo, porque no puede hablarse del ejercicio de una opción en el caso de un trabajador “que ha sufrido un siniestro laboral y ha perdido, total o parcialmente, su capacidad para ganarse su sustento y el de su familia” (Ramírez, 2012, VI).

A este respecto, Foglia (2015b) señala que es válido preguntarse si es siempre libre la voluntad de un trabajador infortunado que debe optar en medio de la contingencia. Aún más, este autor manifiesta que la solución a dicho problema sería una reforma de la ley por la cual el trabajador pudiera recibir las prestaciones que establece la Ley de Riesgos del Trabajo para luego, en caso de corresponder, le fuera posible reclamar por vía de una acción civil lo que reste para alcanzar una reparación plena (Foglia, 2013).

Toselli (2013) recuerda que lo dispuesto por el art. 11 inc. 1 de la Ley de Riesgos del Trabajo en el sentido de que las prestaciones dinerarias establecidas por dicha ley son gozan de los privilegios de los créditos alimentarios, y que son irrenunciables y no pueden ser enajenadas.

El autor antes mencionado cuestiona el hecho de que un trabajador enfermo o accidentado, con un monto indemnizatorio ya determinado por el régimen especial, deba perder dicho monto en caso de realizar un reclamo por vía civil en el que obtiene un pronunciamiento desfavorable.

Toselli agrega que:

Surge como muy difícil de sostener que si el trabajador no puede renunciar a un adicional o al cobro de horas extras pactadas para su contrato individual, sea habilitado a una renuncia de derechos que involucre prestaciones tan elementales y necesarias como aquellas que resulten esenciales para garantizarle una subsistencia digna y que tienen su origen en un siniestro ocurrido por el hecho u ocasión de contrato laboral. (Toselli, 2013, 3, a)

Y a esto hay que sumarle el agravante de que la ley 26.773 se aparta de la doctrina

establecida por la Corte Suprema en el fallo “Castillo” en el sentido de que no se puede condicionar el acceso a la justicia ordinaria al previo cumplimiento de un procedimiento administrativo ante organismos federales como son las comisiones médicas creadas por la Ley de Riesgos del Trabajo, toda vez que la mencionada ley establece que la acción civil queda expedita sólo a partir de que se ha determinado la incapacidad y se encuentra disponible el pago que establece el sistema de la ley especial (Toselli, 2013).

3.3. Fundamentos de la opción:

3.3.1. Litigiosidad:

Al debatirse la ley 26.773 en el Congreso, el senador Miguel Ángel Pichetto dijo lo siguiente:

[...] éste es un instrumento imprescindible para que la Argentina pueda tener una política laboral de crecimiento de empleo; para que las pymes, en nuestro país, contraten gente; para que el proceso que yo denomino “de la industria del juicio” se limite y se bloquee. Porque lo que hay en la Argentina es una proliferación de acciones judiciales por la vía del Derecho común en el marco laboral que desincentivan e impiden que muchos empleadores, pudiendo tomar un trabajador, no lo hagan por el temor y el miedo a estas indemnizaciones.

Al respecto, cabe señalar que el hecho de creer que implementar un sistema de opción con renuncia u opción excluyente traerá como consecuencia una reducción de la litigiosidad laboral es un error, ya que “el verdadero problema son los millones de siniestros que las ART, cuidando su tasa de ganancias, se han negado sistemáticamente a cubrir” (Ramírez, 2012, VI).

Además, como señala Schick (2013), la constante invocación a la litigiosidad como justificativo de la reforma no tiene en cuenta que dicha litigiosidad se vincula directamente con la alta siniestralidad laboral existente en nuestro país, siendo que, según datos de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, se verifican unos 650.000 accidentes laborales al año, a lo que habría que sumar un 35% estimados correspondientes al sector informal.

De manera que fue precisamente en virtud de la aludida copiosidad de causas por accidentes de trabajo que los damnificados pudieron recuperar, por vía de la reparación integral, derechos que habían perdido al no cumplirse, “respecto de ellos, el deber de seguridad, ni la obligación de no dañar a otro” (Schick, 2013, V.).

Todo esto hecha por tierra un argumento que, en definitiva, lo que pretende es disminuir los derechos de los trabajadores en beneficio de las empresas privadas, basándose en la lógica de que tal política impulsa el desarrollo de la actividad privada y, por lo tanto, la generación de empleo, beneficiando, así, al conjunto.

Por último, recordamos lo que dijo la Corte Suprema en el fallo “Aquino” sobre la alegada industria del juicio: “es justo y razonable que la legislación contemple el abanico de intereses y expectativas que pone en juego la relación laboral con motivo de un accidente o enfermedad” .

Empero, esto es así, bajo la inexcusable condición de que los medios elegidos para el logro de dichos fines y equilibrios resulten compatibles con los principios, valores y derechos humanos que la Constitución Nacional enuncia y manda respetar, proteger y realizar a todas las instituciones estatales.

3.3.2. Presunción de incompatibilidad entre la indemnización de la LRT y las establecidas en el Código Civil:

Foglia (2013) señala que el sistema de opción se fundamenta en la presunción de incompatibilidad entre la indemnización de la Ley de Riesgos del Trabajo y las establecidas en el Código Civil, de tal manera que la víctima debe escoger entre una u otra vía, ya que la opción entre prestaciones iguales o jurídicamente inescindibles carecería de sentido.

Por lo tanto, es necesario determinar si, efectivamente, las prestaciones de la Ley de Riesgos del Trabajo y las del sistema civil “concurren o no a un único fin constitucional, en cuyo caso, conforme lo ha señalado la Corte Suprema, quedaría inconcluso o incompleto con una sola de ellas (LRT), con lo cual la reparación dejaría de ser tal” (Foglia, 2013, F.a.).

En este sentido, se debe destacar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y desde los fallos dictados en los casos “Aquino”, “Llosco”, “Cachambi” y “Mosca”, estableció que el sistema de la LRT y el civil son complementarios para un mismo fin, el cual es, tal como señala Foglia: “reparar plenamente al trabajador (o a sus derechohabientes) por los daños sufridos en y por el trabajo” (Foglia, 2013, F.a.).

El mismo autor señala que las mencionadas vías no son opuestas, sino que concurren a un mismo objetivo, a saber, el principio *neminem laedere*, el cual tiene rango constitucional, y que, por lo tanto, hay una complementariedad inescindible entre ambas vías, ya que se trata de un única prestación.

3.3.3. Tradición:

Uno de los argumentos que se ha esgrimido en defensa del régimen de opción excluyente se relaciona con el hecho de que el mismo ha existido en nuestro ordenamiento jurídico a lo largo de muchos años. A este respecto dice Schick:

No podemos dejar de señalar la existencia de opiniones que afirman que el régimen de opción con renuncia no es inconstitucional y que, por el contrario, responde a una tradición jurídica de nuestro país, que funcionó bien durante ochenta años. (Schick, 2013, IV)

Este autor se refiere aquí a la tradición de la ley 9.688 de 1915.

Sin embargo, y más allá del hecho extraño de considerar a la tradición como una fuente del derecho, ya la LRT había superado el sistema de opción de la ley 9688 posibilitando la acumulación de las indemnizaciones, en tanto que las tarifadas de la ley especial fueron consideradas a cuenta de las civiles, aunque la ley de 1995 limitaba tal acumulación, de manera restrictiva, a supuesto de dolo del empleador (Art. 1072 del Código Civil). (Schick, 2013)

3.4. El desplazamiento de competencia:

La ley 26.773 establece:

A los efectos de las acciones judiciales previstas en el art. 4 último párrafo de la presente ley, será competente en la Capital Federal la Justicia Nacional en lo Civil.

Invítase a las provincias para que determinen la competencia de esta materia conforme el criterio establecido precedentemente.⁵⁶

En los supuestos de acciones judiciales iniciadas por la vía del derecho civil se aplicará la legislación de fondo, de forma y los principios correspondientes al derecho civil.⁵⁷

Pero se hace una aclaración: la competencia de los tribunales civiles, en este caso, no abarca todas aquellas acciones correspondientes a otros sistemas de responsabilidad, sino, solamente, a las que se fundamenten en el Código Civil. En los demás casos la competencia corresponde a los tribunales laborales. (Foglia, 2015a)

Ahora bien, en la causa “Astudillo” (en cuyos fundamentos se con considera evidente la inconstitucionalidad los arts. 4 y 17 inc. 2° de la ley 26.773, en línea con la actual tendencia jurisprudencial), el Tribunal entiende que el régimen de la ley 26.773 crea una acción nueva para el reclamo por vía civil que implica, para el demandante, la pérdida del juez natural.⁵⁸ En ese sentido se pregunta el Tribunal, apelando tanto al principio de la norma más favorable al trabajador (Art. 9 LCT) como al principio de progresividad (sostenido en “Aquino” por la CSJN), cómo podría ser más favorable para el trabajador desplazarlo hacia otro fuero donde no se aplican los principios del Derecho del Trabajo.⁵⁹

En este fallo, además, el Tribunal resalta la importancia del paradigma de derechos humanos que rige nuestro sistema constitucional desde 1994, y apela a la

⁵⁶ Art. 17 inc. 2° ley 26.773.

⁵⁷ Art. 4 ley 26.773.

⁵⁸ CNAT, Sala III, “Astudillo, Walter Gustavo c/ Prevención ART S.A. s/ Accidente-Acción Civil”, Sentencia Interlocutoria N° 62.970, (2013).

⁵⁹ Ídem.

supremacía del principio pro homine, al entender que los valores constitucionales no se encuentran todos en un mismo nivel, como sí podría ocurrir en períodos de legalismo constitucional, posición que lleva a suponer la necesidad de privilegiar al art. 14 bis de la C.N. por sobre su art. 17.⁶⁰

Este problema debe resolverse aplicando los siguientes principios centrales del paradigma vigente de DDHHFF: Debido proceso, que implica el principio del juez natural, y el principio pro homine, del cual se desprende el principio de progresividad.⁶¹

A este respecto, Foglia (2015b) señala que hasta ese momento ninguna provincia había adherido al desplazamiento de competencia establecido por la ley 26.773.

Capítulo IV: Principios constitucionales y legales en materia de trabajo y seguridad social

Son varios los aspectos del tema estudiado en el presente trabajo cuyos fundamentos se basan en disposiciones del texto constitucional. Respecto del principio protectorio, ver cap. I.1.

4.1. Debido proceso. Juez natural:

Para empezar, el art. 18 de la Constitución Nacional enumera una serie de garantías procesales que tienen por finalidad permitir a las personas proteger efectivamente sus derechos. El conjunto de estas garantías específicas constituyen la garantía general del debido proceso.

Entre estas garantías específicas se encuentra la garantía del juez natural: “Ningún habitante de la nación puede ser [...] juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa.”⁶²

⁶⁰ *Ibidem.*

⁶¹ *Ibidem.*

⁶² Art. 18 C.N.

La garantía del juez natural no sólo hace referencia a una cuestión temporal, sino que el órgano al que la ley otorgue competencia debe ser idóneo. Por lo tanto, la designación del juez antes del hecho de la causa es una condición necesaria pero no suficiente para el cumplimiento de la mencionada garantía constitucional.

Al respecto, es necesario señalar que los dictámenes de las comisiones médicas implican el otorgamiento de atribuciones jurisdiccionales a órganos no judiciales, mientras que el desplazamiento de competencia hacia los tribunales civiles conlleva una atribución de competencia a órganos con menos especialidad que aquella con la que cuentan los jueces laborales, siendo necesario aclarar que este señalamiento no hace referencia a la formación y capacidad de la persona de los jueces civiles, sino a lo que textualmente manda la ley 26.773, a saber, la aplicación de fondo, de forma y los principios correspondientes al derecho civil.

Ahora bien, como señala Cornaglia:

La privación del derecho al juez natural y especializado constituye un doble despojo, porque además del agravio que implica el impedimento de ser juzgado por la administración judicial competente, con las leyes procedimentales que la regulan, implica un valladar efectivo y real para la defensa de los derechos subjetivos, imposible de ejercer prácticamente en extrañas jurisdicciones. Cornaglia (2015, V)

4.2. La reforma de 1994 y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos:

La protección legal del trabajador como sujeto de derecho encuentra su referencia directa en el art. 14. bis de la Constitución Nacional. Pero, además, existen diversos tratados internacionales sobre derechos humanos fundamentales que conciernen al caso y que han sido elevados a rango constitucional por el art. 75 inc. 22 de la Carta Magna. Tal es el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual establece:

Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada

contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.⁶³

En la misma línea, podemos mencionar el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como el art. 18 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

Esto refuerza claramente el criterio establecido en el punto 4.1 sobre el carácter de la garantía del juez natural y su relación directa con la materia en estudio.

Schick (2013) señala la importancia del art. 75 inc. 23 de la Constitución Nacional (en el sentido de que corresponde al Congreso promover medidas positivas que garanticen el pleno ejercicio y goce de derechos constitucionales) y el principio de progresividad, vulnerado por el art. 4 de la ley 26.773, al eliminar la posibilidad de complementar las indemnizaciones del sistema tarifado y el civil, posibilidad que existía en virtud de la jurisprudencia de la Corte Suprema en las causas “Aquino” y “Llosco”.

Por último, es sin dudas necesario que el presente análisis, que se refiere al sistema introducido por una ley relativamente reciente, se realice teniendo en cuenta el principio constitucional de razonabilidad de las leyes⁶⁴, que pone un límite a la actividad discrecional del legislador, sujetándola al marco general establecido por el texto constitucional.

4.3. El principio de progresividad:

Puesto que la introducción de la opción con renuncia es un aspecto central de la ley 26.776, en el sentido de que es determinante de la arquitectura del sistema que consagra, estamos en condiciones de afirmar que existe un retroceso legislativo y, por lo tanto, una violación del principio de progresividad, dado que la nueva situación jurídica de los trabajadores es menos ventajosa que la anterior, la cual fuera el resultado de los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, última intérprete de la Constitución Nacional.

⁶³ Art. 8 inc. 1° Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”.

⁶⁴ Art. 28 C.N.

Como señala Schick (2013), en relación a lo dispuesto en el art. 4 de la ley 26.773, la norma es peyorativa y regresiva ya que implica:

Por un lado, la vuelta de la opción excluyente, revirtiendo el “cúmulo amplio” que regía en virtud de la jurisprudencia de la Corte en los fallos “Aquino” y “Llosco” y, por el otro, la obligatoriedad y reafirmación del trámite ante las comisiones médicas que habían sido declaradas inconstitucionales y solo operaban como una instancia voluntaria para los damnificados. (Schick, 2013, X)

El fundamento constitucional del principio de progresividad se encuentra en el art. 75 inc 23 de la Carta Magna, el cual dispone que el Congreso debe promover medidas de acción positiva que garanticen el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos. No se habla aquí de una mera regulación razonable (Schick, 2013), tal y como surge del complemento entre la primera parte del art. 14 de la C.N y el art. 28 de la norma fundamental.

A todo esto habría que agregar la introducción indirecta del principio de progresividad en virtud del art. 33 del la C.N.: “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.”⁶⁵

Según la Corte Suprema, el principio de progresividad es un principio arquitectónico del Derecho Internacional de los Derechos Humanos,⁶⁶ paradigma que impregna nuestro orden constitucional desde 1994, y es traído a colación por la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo respecto la modificación del régimen de competencias establecida en el art. 17 inc. 2° de la ley 26.773 al disponer que: “la solución, habremos de encontrarla en el juego entablado entre tres principios centrales del paradigma vigente: “1) El del debido proceso, que implica la existencia de un juez natural, 2) el pro homine y su necesaria consecuencia, 3) el principio de progresividad”.⁶⁷

⁶⁵ Art. 33 C.N.

⁶⁶ CSJN, “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidente 9688”, Fallos: 327:3753 (2004), cons. 10°.

⁶⁷ CNAT, Sala III, “Astudillo, Walter Gustavo c/ Prevención ART S.A. s/ Accidente-Acción Civil”, Sentencia Interlocutoria N° 62.970, (2013).

El principio de progresividad se relaciona con el Orden Público Laboral en cuanto sustenta la adquisición de los derechos consagrados por la Constitución Nacional, las constituciones provinciales, los Tratados y Convenios de la OIT, las leyes, los Convenios Colectivos de Trabajo, los estatutos profesionales y demás fuentes normativas por las que los trabajadores obtengan mayores beneficios. (Nápoli, 2003, párr. 14)

Esos derechos adquiridos se integran a los contratos de trabajo y no puede disponerse de ellos si incurrir en conductas ilícitas, ya que revisten carácter de obligatorios, inderogables e irrenunciables. (Nápoli, 2003).

En sentido contrario a la línea argumental que se bien exponiendo, el Tribunal Superior de la provincia de Córdoba ha argumentado que el principio de progresividad no tiene como función el fundar la inconstitucionalidad de una norma.

Dice el Tribunal:

A esta altura, es propicio recordar que autorizada doctrina enuncia que la progresividad -entendida como el deber jurídico de no deshacer injustificadamente los mejores derechos alcanzados-, constituye un principio de la política social y aconseja que, en la medida de lo posible, las leyes tiendan a mejorar el nivel de beneficios reconocidos para aquellos sectores que necesitan la protección especial del Estado. Pero, a la vez, dicho principio no está dado para fundar la descalificación constitucional de una norma, más allá de que el desvío pueda justificar la crítica política, ideológica y de opinión [...] ⁶⁸

4.4. El principio de irrenunciabilidad:

Uno de los pilares fundamentales sobre los que se sostiene el derecho laboral es el principio de irrenunciabilidad, el cual adquiere una importancia especial, pues no sólo protege a los trabajadores de sus empleadores, sino también de sí mismos, ya que les impide la realización de determinados actos que puedan serles perjudiciales, y que, tal como señala Mirolo, se declaran nulos “por ser de orden público los beneficios que, con carácter mínimo, la ley le acuerda a los trabajadores” (Mirolo, 1999 , p. 43).

⁶⁸ TSJ de Córdoba, " Martín, Pablo Darío c/ MAPFRE ART S.A. – Ordinario – Accidente (ley de riesgos) - RECURSO DE CASACION E INCONSTITUCIONALIDAD" 170607/37

En este sentido, el art. 11 inc. 1° de la Ley de Riesgos del Trabajo dice: “Las prestaciones dinerarias de esta ley gozan de las franquicias y privilegios de los créditos por alimentos. Son, además, irrenunciables y no pueden ser cedidas ni enajenadas.”

Como señala Schick (2013), dicho artículo no sólo no ha sido derogado por la ley 26.773, sino que, además, el art. 1 de la mencionada norma determina que sigue rigiendo la Ley de Riesgos del Trabajo, junto con sus modificatorias, el decreto 1694 y disposiciones complementarias y reglamentarias.

Ante esta situación, la entrada en vigencia de la opción con renuncia del art. 4 de la ley 26.774 abre la hipótesis de una concurrencia de normas sobre una misma situación jurídica, respecto de la cual corresponde aplicar el art. 9 de la Ley de Contrato de Trabajo, en tanto el mismo consagra el principio de la norma más favorable al trabajador (Schick, 2013), dado que esto no puede resolverse aplicando el principio de que la norma posterior deroga a la anterior, pues ni siquiera existe una derogación expresa del art. 11 de la Ley de Contrato de Trabajo por parte de la ley 26.773 y, por lo tanto:

[...] la opción excluyente con renuncia queda pulverizada por la aplicación de la norma más favorable al trabajador y de la irrenunciabilidad de las indemnizaciones del régimen especial, aun habiendo ejercitado la acción fundada en el derecho civil para reclamar una indemnización plena del daño infringido. (Schick, 2013, IX)

Por otro lado, no hay que olvidar que el sistema de prevención y reparación de riesgos del trabajo es un subsistema de la seguridad social y, por lo tanto, los beneficios que consagra se encuentran sujetos al principio establecido en el art. 14 bis de la C.N en tanto dispone que los beneficios de la seguridad social tendrán carácter integral e irrenunciable.

Además, y en base a todo lo anterior, cabe señalar que el legislador, al apartarse de principios consagrados por la Constitución Nacional e, incluso, establecer normas concurrentes en cuanto a su objeto e incompatibles entre sí, violenta el principio de razonabilidad de las leyes, consagrado en el art. 28 de la C.N.

4.5. Inviolabilidad de la propiedad privada:

Cuando se trata del ejercicio de una acción por daños, además de las garantías procesales, se debe tener presente la protección al derecho de propiedad de los demandantes, sostenida por el sistema de los artículos 14 (derecho de usar y disponer de la propiedad) y 17 (inviolabilidad de la propiedad) de la Constitución Nacional, por un lado, y el principio de no dañar al otro que se desprende de la primera parte del art. 19 de la Carta Magna.

Cabe recordar aquí lo señalado por la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en la causa “Astudillo”:

Así, si dudamos entre un derecho constitucional y otro, en pos de verificar su jerarquía, la propia organización interna de la Constitución Nacional, en el marco del paradigma de los DDHHFF, indicará a través de un principio pro homine, qué camino debe seguir. De allí que esta Corte pudo decir en “Vizotti”, que el trabajador era “el señor de todos los mercados”, lo que claramente implica privilegiar el artículo 14 bis por sobre el 17 de la Constitución Nacional; porque es inexacto que los valores constitucionales están todos en un mismo nivel, lo que solo podía decirse de un periodo de “legalismo constitucional” (esta Sala III, in re: “A.A.M. c/ Espumas del Plata SRL s/ medida cautelar”, S.I. N° 62.493 del 31.07.12).⁶⁹

En este sentido, el proyecto del Nuevo Código Civil y Comercial establecía en su art. 15 que la propiedad cumple una función social y está sometida a normas cuyo fin es el bien común. Pero este artículo fue eliminado con la sanción definitiva del Código. (Elgorreaga, 2014)

Ahora bien, tal como señala Elgorreaga:

La falta de reconocimiento de la función social de la propiedad se opone a principios generales del derecho del trabajo tales como el principio de justicia social y el de equidad previstos en el art. 11 de la LCT, para los cuales el derecho de propiedad del empleador sobre los elementos constitutivos de la empresa tiene una finalidad social que

⁶⁹ CNAT, Sala III, “Astudillo, Walter Gustavo c/ Prevención ART S.A. s/ Accidente-Acción Civil”, Sentencia Interlocutoria N° 62.970, (2013).

no se limita al exclusivo fin de lucro de su titular[...] También se opone a derechos de los trabajadores reconocidos constitucionalmente en el art. 14 bis, tales como el derecho a participar en las ganancias de la empresa [...]. (Elgorreaga, 2014, 9)

Capítulo V: El Código Civil y Comercial de la Nación

5.1. *Derecho de daños:*

En términos generales, en materia de responsabilidad por daños, el art. 1721 del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, cuya entrada en vigencia se produjo el 1° de agosto de 2015, establece el principio general de que, en ausencia de otra norma, el factor de atribución es la culpa, mientras que el art. 1724 establece las definiciones de culpa y dolo como factores subjetivos de atribución.

La responsabilidad objetiva está definida de manera negativa en el art. 1722, al establecer que el factor de atribución es objetivo cuando la culpa es irrelevante a los efectos de atribuir la responsabilidad. En los art. 1757 y siguientes se hace referencia a la responsabilidad derivada de la intervención de las cosas y las actividades riesgosas, mientras que en los artículos 1729 y siguientes se mencionan situaciones de exclusión de responsabilidad: hecho del damnificado, hecho de un tercero por quien no se deba responder y caso fortuito o fuerza mayor.

Particularmente interesa el art. 1729 que establece el mero hecho de la víctima como factor de exclusión de la responsabilidad, sin exigir su culpa o dolo, salvo disposición legal o contractual que así lo haga. Es decir que para destruir la presunción legal de la responsabilidad objetiva, al dueño o guardián de la cosa le bastaría “probar que el mero accionar del damnificado, incluso aunque sea lícito, incidió en la producción del accidente” (Leguizamón, s.f. p. 9).

Cabe entonces la pregunta de si, en virtud de esta norma, una persona que sufrió un daño, incluso cuando actuaba legalmente respecto de una ley o contrato (por ejemplo, un contrato laboral), e incluso obrando con cuidado y previsión, podría, según sea la

interpretación, no recibir una reparación. Es una pregunta cuya respuesta deberá esperar algún desarrollo jurisprudencial.

5.2. Indemnización por lesiones:

El Código Civil y Comercial, en sus arts. 1738 y 1740 establece el principio general de la indemnización plena enumerando, incluso, una amplia lista de perjuicios que incluyen pérdida de chance afecciones espirituales.

Sin embargo, el art. 1746 se aparta del principio general y establece que para determinar las indemnizaciones por lesiones o incapacidades físicas o psíquicas se ha de utilizar la fórmula matemática conocida como “Vuoto” (Schick, s.f.), que, tal como se vio en el capítulo II fue criticada por la Corte Suprema en “Arostegui”.

Los sistemas basados en fórmulas matemáticas para determinar las indemnizaciones por daños son reprochables ya que solamente sirven para resarcir el lucro cesante, y como un marco de referencia mínimo para el cálculo del mismo, pero si se aspira a una reparación integral corresponde contemplar otras variables que puedan acreditarse en cada caso concreto. (Schick, s.f.)

En el párrafo anterior se habla sólo de lucro cesante porque, tratándose del sistema de riesgos del trabajo, el daño emergente corresponde a las prestaciones en especie, las cuales siempre se otorgan.

De la misma forma que la incorporación de la opción con renuncia de la ley 26.773, la incorporación de esta fórmula de cálculo en el Código Civil y Comercial para las indemnizaciones correspondientes a lesiones e incapacidades constituye y retroceso normativo respecto del escenario jurisprudencial existente al momento de la sanción de nuevo código.

5.3. Responsabilidad del Estado:

Con respecto a la responsabilidad del Estado, el nuevo Código Civil y Comercial dice que aquella “se rige por las normas y principios del derecho administrativo o local

según corresponda”.⁷⁰ Al respecto, la Asociación de Abogados Laboralistas advierte que los trabajadores no podrían acudir a la vía civil en caso de accidentes de trabajo (Bermúdez, 2014). El problema que vemos en este punto radica en la afectación del principio de igualdad ante la ley consagrado en el art. 16 de la C.N. La indemnización por un daño sufrido puede variar según se trate o no de un empleado del Estado.

La reciente Ley 26.944 sobre “Régimen de Responsabilidad del Estado” que fue publicada en el Boletín Oficial el pasado 8 de agosto de 2014, no suple la pérdida de derechos que implica, para los trabajadores, no poder hacer civilmente responsable al Estado, ya que el art. 10 de esa ley excluye su aplicación al Estado en su carácter de empleador. (Elgorreaga, 2014, 4)

Esta situación implica que, en casos de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, los trabajadores estatales sólo podrán recurrir al régimen tarifado de la Ley de Riesgos del Trabajo, no pudiendo reclamar una reparación integral tal como fuera reconocido por la Corte Suprema a partir del fallo “Aquino”. (Elgorreaga, 2014, 4)

5.4. La lesión subjetiva:

Otro instituto del derecho civil que debe tenerse en cuenta aquí, ya que se relaciona con la voluntad del demandante al momento de ejercer la opción de la ley 26.773, es el vicio de lesión subjetiva, que fue incorporado al Código Civil con la reforma de la ley 17.711 en el artículo 954. El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación mantiene el texto del art. 954 con algunas modificaciones, pero dedicando un artículo exclusivamente a dicho instituto (el art. 332), y dándole expresamente el nombre de “Lesión” (Rossi, 2012).

Dice el art. mencionado que:

Puede demandarse la nulidad o la modificación de los actos jurídicos cuando una de las partes, explorando la necesidad, debilidad psíquica o inexperiencia de la otra, obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada.⁷¹

⁷⁰ Art. 1765t C.C.C.N.

⁷¹ Art. 32 C.C.C.N.

Negar que un gran porcentaje de los damnificados por siniestros laborales se encuentra en un estado de necesidad al momento de tener que realizar la opción del art. 4 de la ley 26.773 y que, además, es de esperar que el trabajador común se encuentre en un estado de ignorancia respecto de las complejidades y tecnicismos legales que hacen a sus derechos, sería negar la realidad más cotidiana de las cosas.

Resulta, entonces, factible que en muchos casos el acto jurídico por el cual el demandante realiza la opción del art. 4 de la ley 26.773 sea declarado nulo, lo que implica entender como no renunciado, por parte del demandante, el derecho a iniciar un reclamo por vía civil, si es que optó por percibir las indemnizaciones de la Ley de Riesgos del Trabajo, o percibir dichas prestaciones a pesar de haber iniciado una demanda civil contra su empleador y contra la ART.

5.5. El orden de prelación normativa:

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación establece, en su art. 963, un orden de prelación normativa entre las disposiciones del Código y las leyes especiales que, según la opinión de la Asociación de Abogados Laboralistas, equipara las normas del orden público laboral con las normas de orden público del derecho civil y comercial (Bermúdez, 2014). En este sentido, el nuevo código se encontraría en sintonía con el espíritu de la ley 26.773, ya que, al igual que ésta, parecería estar dando preponderancia a la autonomía de la voluntad por sobre el principio protectorio propio del orden público laboral vigente.

Dice la norma que:

Cuando concurren disposiciones de este Código, las normas se aplicarán con el siguiente orden de prelación:

a. normas indispensables de la ley especial y de este código.

[...] ⁷²

⁷² Art. 963 C.C.C.N.

Esto es grave para los trabajadores puesto que las normas de orden público del derecho civil y comercial no están destinadas a protegerlo como parte débil de la relación, sino que apuntan a proteger otros bienes y valores jurídicos diferentes y hasta posiblemente opuestos a los intereses de los trabajadores. (Elgorreaga, 2014, 8)

Al respecto, es interesante la opinión del Dr. Héctor Recalde, quien recuerda que la ley particular es la que prima, y aclara que no hay derogación de la Ley de Contrato de Trabajo, que es la ley específica que prima sobre a ley general (Plancanica, 2014).

En sentido opuesto, según opinión de la Asociación de Abogados Laboralistas, el concepto de contrato en el nuevo Código cuestiona el orden de prelación establecido en el art. 1 de la Ley de Contrato de Trabajo, lo que debilita el orden público laboral, siendo que, además, hace énfasis en la igualdad entre las partes sin tener en cuenta las situaciones reales y las desigualdades de la contratación (Bermúdez, 2014).

5.6. Plazos de prescripción:

Con respecto a los plazos de prescripción, el Código Civil y Comercial de la Nación unifica los regímenes de plazos de prescripción en materia contractual y extracontractual, los cuales pasan a ser de tres años⁷³. Según el art. 2562 inc. b, el plazo de prescripción para las acciones por daños derivados de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales es de dos años.

Como señala Elgorreaga (2014), se trata de un plazo muy breve, ya que si el trabajador sigue prestando servicios para el empleador, es más difícil que le inicie una demanda por deudas.

Anteriormente, este plazo se ampliaba, beneficiando en este caso al trabajador accidentado, por la suspensión por un año de la prescripción que se producía ante la interpelación fehaciente (constitución en mora) del acreedor, según lo establecía el art. 3986 segundo párrafo del Código Civil.

⁷³ Art. 2561 C.C.C.N.

Pero el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, en su art. 2541 reduce el término de la suspensión a seis meses, perjudicando en ese sentido a los trabajadores accidentados.

Capítulo VI: Inconstitucionalidad de los artículos 4 y 17 inc. 2° de la ley 26.773

6.1. *Jurisprudencia:*

1. Entre la jurisprudencia que se ha pronunciado por la constitucionalidad de los artículos 4 y 17 inc. 2° de la ley 26.773 se mencionan a continuación algunos ejemplos:

En autos “Iñon Gutiérrez María Laura c/ Construcciones Ivica y Antonio Dumandzic S.A. y otro S/CONFLICTO DE COMPETENCIA”⁷⁴ la Corte de Justicia de la provincia de San Juan resolvió un conflicto de competencia negativo entre los jueces del Primer Juzgado Laboral y el Tercer Juzgado Civil de dicha provincia.

El juez laboral, en virtud de lo dispuesto por la ley 26.773 y la legislación provincial acorde a dicha normativa, se declara incompetente para entender en un reclamo de reparación integral por daños y remite los autos al juzgado civil, donde el juez civil decreta la inconstitucionalidad de los arts. 4 último párrafo y 17. Inc. 2° de la ley 26.773 y remite nuevamente los autos al juez laboral, quien rechaza la inconstitucionalidad de la normativa mencionada.⁷⁵

La Corte de Justicia de San Juan entiende que los artículos cuestionados son constitucionales, argumentando que “en estos asuntos se superponen cuestiones de naturaleza laboral y civil, con lo que será cuestión de política legislativa definir a cuál de los fueros se atribuye la competencia”.⁷⁶

⁷⁴ C.J. Provincia de San Juan. “Iñon Gutiérrez María Laura c/ Construcciones Ivica y Antonio Dumandzic S.A. y otro S/CONFLICTO DE COMPETENCIA” Expte.: N° 715.

⁷⁵ Ídem.

⁷⁶ Ídem, cons. 4°.

Luego, la Corte de San Juan agrega que no hay “violación al principio del ‘juez natural’ consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional, ya que, en este caso, el ‘juez natural’ es justamente el determinado por la ley”.⁷⁷

Con respecto al primer argumento, al hablarse de cuestiones de naturaleza laboral y civil que se “superponen” cabe señalar que para que dos cuestiones se superpongan deben ser, por lógica, cuestiones de naturaleza jurídica diferente, como podría ocurrir si se hablara, por ejemplo, de acciones civiles y penales.

Pero en este caso nos encontramos ante una situación que refiere a acciones de la misma naturaleza y que se encuentran en una relación de género a especie (la ley civil general, y la ley laboral especial).

Con respecto al principio del juez natural, ya en el capítulo IV se hizo referencia a que la designación del juez antes del hecho de la causa es una condición necesaria pero no suficiente para el cumplimiento de la mencionada garantía constitucional, ya que la garantía del juez natural no sólo hace referencia a una cuestión temporal, sino que el órgano al que la ley otorgue competencia debe ser idóneo.

Esto concuerda con el criterio del juez civil de San Juan quien rechazó las actuaciones, al considerar que “al cambiar el fuero dejan de aplicarse los principios propios de la rama especial, tales como el de gratuidad, in dubio pro operario, impulso de oficio”⁷⁸. Y que, además “la acción de reparación integral con que cuenta el trabajador no es civil sino constitucional, se enmarca en un contrato de trabajo y son sus principios los que deberán aplicarse a esa relación”⁷⁹.

A continuación se reproduce lo establecido por la Sala X de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, voto en minoría del Dr. Brandolino:

El acierto o desacierto del legislador en las soluciones normativas no supone necesariamente la inconstitucionalidad de la respectiva previsión legal, y el art. 4 de la ley 26.773, al atribuir competencia a los tribunales civiles para las acciones civiles

⁷⁷ Ídem, cons. 8º.

⁷⁸ Ídem, Visto.

⁷⁹ Ibídem.

relativas a un accidente de trabajo, [...] no restringe el acceso del trabajador a la jurisdicción plena [...]»⁸⁰

2. Los siguientes fallos son ejemplos de la jurisprudencia que se ha inclinado por la inconstitucionalidad de los artículos 4 y 17 inc. 2° de la ley 26.773:

En un fallo de la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (“Aguirre, Carlos c. Azul S.A. de Transporte Automotor y otro s/accidente-acción civil”) se declaró la inconstitucionalidad del art. 4 de la ley 26.773 y su complemento, el artículo 17 inc. 2°, por considerar que el desplazamiento de competencia hacia el fuero civil, con exclusión de la aplicación de los principios del derecho del trabajo, implica para los trabajadores una serie de perjuicios (González, 2013).

Entiende el tribunal que el juez, en causas de derecho del trabajo, debe llevar el proceso conforme a los principios de la especialidad, que no son aplicables, de acuerdo con la nueva ley, si el trabajador opta por la acción civil. “El desplazamiento del trabajador de su juez natural (el del fuero laboral) atrae hacia aquél una serie de perjuicios” (González, 2013, La sentencia que declara la inconstitucionalidad).

Además, agrega el tribunal, el trabajador se ve perjudicado ya que en el proceso civil no posee las ventajas con las que se beneficia en el proceso laboral, situación que dificulta su acceso a la justicia. (González, 2013)

En el fallo “Astudillo”, el mismo Tribunal entendió que “el hecho de perder al juez natural con su especial versación implica invertir la regla del paradigma vigente de los DDHHFF”⁸¹, y más arriba señala que dicho paradigma o racionalidad del sistema es el vigente desde 1994 (en referencia a la reforma de la Constitución Nacional y al art. 75 inc. 22 que da jerarquía constitucional a ciertos tratados de derechos humanos), con lo cual, en caso de disputas ininterpretativas, la cuestión deberá resolverse mediante el control de constitucionalidad.

⁸⁰ CNAT, Sala X, “Rodríguez José Daniel c/MAPFRE Argentina ART SA s/accidente-acción civil”. Expte. N° 45.768/2013 Sent. Int. N° 22680 (2014). Extracto tomado del Boletín de jurisprudencia n° 342 de la CNAT.

⁸¹ CNAT, Sala III, “Astudillo, Walter Gustavo c/ Prevención ART S.A. s/ Accidente-Acción Civil”, Sentencia Interlocutoria N° 62.970, (2013).

Son muchos los fundamentos en los cuales se basa la Cámara para decretar la inconstitucionalidad de los arts. 4 y 17 inc. 2°.

Entre ellos, según el Tribunal:

El limitar el acceso a la justicia al establecer opciones excluyentes entre ambos regímenes (de la ley y la reparación plena) es inconstitucional. Ello, en razón de que, al establecer un régimen absolutamente tarifario y sin tener en cuenta el principio *alterum non laedere* atenta, contra el artículo 16 de la Constitución Nacional.⁸²

Y esto debemos entenderlo en el sentido de que la rigidez del sistema tarifado contempla situaciones estadísticas, llevando a que no en todos los casos la reparación sea completamente satisfactoria. Por lo tanto, ante una situación similar, un trabajador, por el hecho de haber sufrido un perjuicio en ocasión de encontrarse cumpliendo sus tareas, puede recibir una indemnización menor por un perjuicio igual al sufrido por otra persona, lo cual resulta llanamente discriminatorio.

A continuación, el Tribunal critica que se esté sacrificando el principio *pro homine* (que considera que la persona humana es la razón de ser del sistema jurídico), como si la persona fuera sólo una cosa más, en pos de la “previsibilidad de los costos”.

El legislador, dice el Tribunal, ha dejado de lado un punto importante del Derecho del Trabajo que es la desigualdad entre los contratantes, por la cual la ley intenta mejorar la posición del que se encuentra en peor situación a través de principios como el de irrenunciabilidad, el principio *in dubio pro operario* y el principio de realidad. Por lo cual, el legislador no puede suponer que la desigualdad va a desaparecer por el simple hecho de que el trabajador opte por una acción civil.⁸³

Es decir, no se puede pretender una igualdad dentro del derecho civil, cuando esa igualdad ni siquiera existía en el derecho laboral, y la realidad muestra que el trabajador está siempre en peor situación.

⁸² Ídem.

⁸³ Ibídem.

También, dicho Tribunal agrega:

Precisamente, ese desfasaje entre empleador y trabajador, o entre ART y trabajador, lo vemos en particular destacado en un aspecto procesal, cual es la gratuidad, que constituye ni más ni menos uno de los aspectos centrales del procedimiento laboral, y que hace realidad el acceso a la justicia, y que en un proceso civil no contará el trabajador con la garantía de acceso a la justicia que implica la gratuidad.⁸⁴

6.2. *Crítica doctrinaria:*

A continuación se expondrán algunos comentarios de juristas calificados en la materia.

Foglia (2013) señala que la opción con renuncia se fundamenta en una presunción jurídica, a saber, que hay incompatibilidad entre la indemnización tarifada y las que surgen del Código Civil. Contra dicha presunción sostiene que si el principio *neminem laedere* tiene rango constitucional, aunque las vías para conseguir su efectividad sean diferentes, éstas, al concurrir a un mismo objeto, son inseparables, “por lo que no hay alternativa, sino complementariedad inescindible, en cuyo no hay posibilidad de opción ya que se trata de una única prestación” (Foglia, 2013, F.a.)

Por otro lado, el hecho de que un trabajador que perciba las indemnizaciones del régimen tarifado, deba renunciar a poder accionar por una indemnización mayor en el derecho civil contradice la jurisprudencia de la Corte Suprema en la causa “Aquino”, donde se consagró el carácter constitucional del derecho a la reparación plena, así como del principio *alterum non laedere*. (Schick, 2013)

Schick (2013) sostiene que estamos ante un viraje regresivo respecto del escenario jurisprudencial anterior a la ley 26.773, dado que la Ley de Riesgos del Trabajo había salido del sistema de opción de la ley 9.688 y lo había reemplazado por el del cúmulo, aunque limitando esta posibilidad a aquellos casos en los que exista dolo por parte del empleador. (Schick, 2013)

⁸⁴ *Ibidem*.

Una de las garantías constitucionales esenciales es, precisamente, el acceso directo a un tribunal competente, mediante un recurso efectivo y rápido y el derecho a ser prontamente oído por dicho tribunal, independiente e imparcial (arts. 8 y 25 de la Convención Americana de Derecho Humanos). (Schick, 2013, III)

Schick (2013) se inclina abiertamente por la inconstitucionalidad de los arts. 4° y 17 incs. 2° y 3°, enumerando una extensa lista de fundamentos en tal sentido, y que se centran en la violación, por parte de tales artículos, de principios jurídicos como el principio protectorio, el de progresividad (cuya jerarquía constitucional fue reconocida por la Corte Suprema), el principio de irrenunciabilidad, el principio de razonabilidad y la indemnidad psicofísica del trabajador.

Además, Foglia (2013) se pregunta si es siempre libre la voluntad del trabajador infortunado que debe optar en medio de la contingencia, y agrega, citando a Schick, que hay un abuso de la necesidad de la víctima que la fuerza a cobrar rápido y sin un completo conocimiento de que al percibir la indemnización parcial pierde el derecho de recibir una mayor.

Al respecto, dice Ramírez:

Colocar al trabajador accidentado en la disyuntiva de renunciar a prestaciones dinerarias “de carácter alimentario” (como las definió Highton de Nolasco en su voto), para poder reclamar una reparación integral y justa del daño padecido, no parece una solución que esté en armonía con la letra y el espíritu del art. 14 bis de nuestra Constitución. Porque para hablar de “opción”, hay que pensar en un sujeto que puede ejercer con libertad su voluntad, y no parece ser éste el caso de un trabajador que ha sufrido un siniestro laboral y ha perdido, total o parcialmente, su capacidad para ganarse su sustento y el de su familia. (Ramírez, 2012, VI)

Cuando Ramírez habla del voto de Highton de Nolasco, hace referencia al caso “Llosco”, analizado en el capítulo II. Se entiende que la protección integral del trabajador, que consagra el mencionado art. 14 bis de la Constitución Nacional se ve vulnerada por la exclusión del acceso a la reparación integral que establece la ley civil.

Ramírez agrega:

En mi opinión, la mayoría de las veces el acto jurídico mediante el actual la víctima “opta” por recibir la reparación del daño sufrido, conforme a la LRT y a la Ley 26.773, estará viciado de nulidad. Afectado física y psíquicamente y en un momento de su existencia de máxima vulnerabilidad, [...] (Ramírez, 2012, VI)

Sin embargo, pareciera que el legislador no tiene en cuenta las condiciones subjetivas en las que se encuentran los damnificados al momento de realizar el “acto jurídico” de la opción y, por ende, en la forma en que se configura su voluntad.

A todo ello debemos agregar que el art. 4 de la Ley 26.773, como ya se dijo, provoca un claro retroceso respecto a la situación actual de los trabajadores [...] Este retroceso legislativo parece afectar el principio de progresividad, que la Corte definió como un principio arquitectónico del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en general, y del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) en particular (art. 2.1). (Ramírez, 2012, VI)

Esa afectación del principio de progresividad, que resulta ser uno de los aspectos que hacen pertinente la pregunta por la constitucionalidad de los arts. 4 y 17 inc. 2° de la ley 26.773, tal y como se puede deducir de lo dicho por Ramírez en el párrafo anterior, implica introducir en el ordenamiento jurídico prácticas pertenecientes a paradigmas ya superados.

Si la ley 24.557, por contraria a los principio de indemnidad y progresividad, había sido severamente criticada por la Corte, ahora, la ley 26.773 no puede ser dispensada en esos mismos defectos, como si los principios generales que rigen al derecho de daños, con raigambre constitucional, fueran una moda pasatista. Y los motivos enunciados para la reforma, una promesa vana. (Cornaglia, 2015, II)

Y, si bien esto es así, sorprende la liviandad con la que el legislador regula cuestiones de fondo y de forma menospreciando la arquitectura de un sistema construido a lo largo de muchos años. Si bien los principios generales del derecho, sobre todo aquellos que se nacen de la misma Constitución Nacional, no son estatuas de mármol eternas e inamovibles, mucho menos son, como dice Carnoglia, una moda pasajera.

El sistema en función de la aplicación literal de las previsiones de la ley 26.773 veda el acceso irrestricto a la tutela judicial en las acciones por daños en juicios de pleno conocimiento, ante jueces naturales y especializados, aptos para operar en el derecho social, en términos de responsabilidades contractuales objetivas y de extracontractualidad por ilicitud [...] (Cornaglia, 2015, III)

Además de los puntos que señala Cornaglia, la negación del derecho de acceder a la justicia y el principio del juez natural, hay que agregar la atribución, por parte de las comisiones médicas, de facultades jurisdiccionales, lo cual no sería inconstitucional siempre y cuando quedara abierta la posibilidad de una posterior revisión judicial.

Al respecto, Carnoglia considera:

La privatización implícita del juicio de reparación de infortunios se revela con su derivación a organismos médicos que, fuera de sus incumbencias profesionales, deben resolver cuestiones de derecho y en la obligación de someterlos a prácticas administrativas coactivamente impuestas. (Cornaglia, 2015, V)

La ley 26.773 implicó una regresión manifiesta. Sancionada invocando la necesidad de acatar los controles de constitucionalidad llevados a cabo por la jurisprudencia en torno a la ley 24.557, en sus pliegues, en materia de competencia, opción con renuncia de derechos, reparación plena y acceso al juez natural, agravó los derechos constitucionales de las víctimas, disimulando su operativa con un aumento modesto de la tarifa y reconociendo derechos de ajustes de actualización y créditos. (Cornaglia, 2015, III)

Lo que ocurre es que el sistema de ajuste de tarifas y el mencionado aumento no son adecuados para garantizar una tutela efectiva en todos los casos, sino que apunta más bien a cubrir una especie de promedio general de situaciones. Esta forma de resolver la situación parece más acorde una medida macroeconómica que a un sistema de justicia, en el que cada caso concreto merece, de ser procedente, un pronunciamiento judicial calificado.

6.3. *El Código Civil y Comercial:*

Tal como se dijo en el capítulo anterior, de la misma forma que algunos aspectos de la ley 26.773 constituyen un retroceso normativo, en algunas cuestiones, sobre todo en lo que respecta a la implementación de fórmulas para el cálculo de indemnizaciones por lesiones e incapacidades, el Código Civil y Comercial de la Nación configura, junto con la mencionada ley un cuadro regresivo en materia de responsabilidad civil que, según Schick (s.f.), perjudica a la población cada vez más desprotegida frente a las corporaciones y el Estado.

Conclusiones

Ante la pregunta por la constitucionalidad del régimen establecido por los arts. 4 y 17 inc. 2° de la ley 26.773, su cuestionamiento parece razonable, dada la solidez de los argumentos que en tal sentido han sido esgrimidos por parte de la doctrina y la jurisprudencia a partir de la sanción de la mencionada ley.

A fin de alcanzar una mayor certeza sobre la cuestión, se examinaron, a lo largo de este trabajo, los pilares principales sobre los que se sostiene tal conjetura. En base a dicho examen se considera:

1. Que el instituto de la opción excluyente u opción con renuncia vulnera uno de los pilares fundamentales del derecho laboral, a saber, el principio protectorio, consagrado en el art. 14 bis de la Constitución Nacional (ver cap. I. 1.), ya que, tal como lo estableció la Corte en “Aquino” (ver cap. II.1.), la idea de reparación, vinculada al principio general de no dañar al otro (art. 19, C.N.), se basa en la consideración plena de la persona humana, uno de cuyos aspectos, las manifestaciones del espíritu, no son susceptibles de medida económica,⁸⁵ y que el sistema de la Ley de Riesgos del Trabajo se aparta de la concepción de la reparación integral, pues la indemnización sólo tiene en

⁸⁵ CSJN, “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidente 9688”, Fallos: 327:3753 (2004), cons. 3°.

cuenta la pérdida de capacidad de ganancias del trabajador.⁸⁶

En definitiva, para la Corte Suprema, indemnizar implica resarcir íntegramente el daño, lo cual no se logra si dicho daño subsiste de alguna forma, y que una indemnización que no es justa, es inconstitucional.⁸⁷

Ahora bien, luego de la reforma de la ley 26.773, las prestaciones dinerarias del régimen especial también se basan en la capacidad del damnificado para realizar actividades económicamente valorables,⁸⁸ pero se establece un adicional del 20%⁸⁹ que contempla aquella reparación que, mediante la vía civil, correspondería, principalmente, por daño moral e, incluso, pérdida de chance. Sin embargo es necesario señalar que este adicional sigue siendo, en definitiva, una reparación tarifada y que, por lo tanto, no se inscribe en el imperativo de la concepción plena de la persona humana.

Al respecto, la Corte Suprema ha establecido en la causa “Arostegui” (ver cap. II.4.) que determinar el resarcimiento correspondiente al derecho civil mediante una fórmula (en referencia a la llamada “fórmula Vuoto”) valora a la persona humana de manera reduccionista, teniendo en cuenta únicamente su dimensión material.

Además, tal como se vio en el capítulo I, el principio protectorio no se manifiesta solamente en normas de orden público laboral que limitan la autonomía de la voluntad de las partes, sino que, además, constituye un límite a la discrecionalidad del legislador, quien debe tomar medidas para que se haga efectivo lo dispuesto por el art. 14 bis de la Constitución.

En palabras de la Corte Suprema, cuando se trata de legislar sobre riesgos del trabajo el Congreso debe “conferir al principio *alterum non laedere* toda la amplitud que este amerita, y evitar la fijación de limitaciones que, en definitiva, implican ‘alterar’ los derechos reconocidos por la Constitución Nacional (art. 28)”⁹⁰.

⁸⁶ Ídem, cons. 6°.

⁸⁷ Ídem, cons. 4°.

⁸⁸ Art. 2, ley 26.773.

⁸⁹ Art. 3, ley 26.773.

⁹⁰ CSJN, “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidente 9688”, Fallos: 327:3753 (2004), cons. 9°.

A pesar de lo dicho anteriormente, el Código Civil y Comercial de la Nación consolida la concepción de la cual proviene el sistema de la ley 26.773, ya que en su art. 1746 se aparta del principio general de reparación plena (arts. 1738 y 1740) y establece una fórmula para determinar las indemnizaciones por lesiones o incapacidades físicas o psíquicas (ver. Cap V.2.).

Por otro lado, teniendo en cuenta que el instituto de la opción excluyente ya había sido dejado de lado con la sanción de la ley 24.557, y sumado a esto el hecho de que la jurisprudencia de la Corte Suprema había consagrado el sistema de la doble vía (ver cap. II.2.), la reinstalación de la opción excluyente contradice el principio de progresividad, principio arquitectónico del Derecho Internacional de los Derechos Humanos⁹¹ por el cual, las garantías consagradas en el art. 14 bis de la Constitución Nacional no deben verse condicionadas por normas regresivas que contradigan el orden público laboral (Grisolía, 2013).

Desde el punto de vista de la seguridad social, el sistema de opción excluyente vulnera el principio de irrenunciabilidad, dado el carácter de irrenunciables del que gozan los beneficios de la seguridad social, tal como lo establece el art. 14 bis de la Constitución Nacional, beneficios a los que el trabajador se ve obligado a renunciar para poder buscar una reparación plena mediante una acción civil.

Tal como se vio en el cap. IV.4., el art. 11 de la ley 24.557 establece que las prestaciones dinerarias de esta ley gozan de los privilegios de los créditos alimentarios y son irrenunciables, por lo tanto la introducción de la opción con renuncia abre la hipótesis de una concurrencia de normas que debe resolverse aplicando el principio de la norma más favorable para el trabajador establecida en el art. 9, de la Ley de Contrato de Trabajo, ya que no hay derogación del art. 11 de la ley 24.557 parte de la ley 26.773, por lo que no correspondería aplicar el criterio de que la norma posterior deroga a la anterior.

Es más, si en lugar de optar por la vía civil, el trabajador opta por las prestaciones del régimen especial, debe renunciar a su derecho de cuestionar judicialmente una reparación determinada por órganos administrativos y, según la doctrina de la Corte Suprema en la causa “Castillo” (ver cap. II.3.), las atribuciones jurisdiccionales de las

⁹¹ Ídem, cons. 10°.

comisiones médicas son violatorias del principio general del debido proceso (art. 18, C.N.), por lo que excluir al trabajador de la posibilidad de iniciar una acción por la vía civil vulnera la garantía de acceso a la justicia, a lo que hay que agregar la clara contradicción con el principio de igualdad ante la ley (art. 16, C.N.).

La celeridad de las prestaciones del régimen especial pretende contemplar el apremio económico del trabajador que se ve impedido, debido a su incapacidad, de contar con su principal medio de subsistencia, y el hecho de verse obligado a renunciar a dichas prestaciones para poder acceder a la reparación integral no parece acorde a lo establecido en el art. 14 bis de la Constitución.

No hay que olvidar que, mientras mayor sea el apremio económico del damnificado, menor es la posibilidad de que este opte por el trámite de la acción civil, por lo que cabe la pregunta de si en muchos casos la voluntad del trabajador está viciada y corresponde la declaración de nulidad del acto de opción.

En otro orden de cosas, si, tal como se establece en su art. 1, uno de los objetivos fundamentales de la ley 24.557 es la prevención de los riesgos del trabajo, no se explica la exclusión total de responsabilidad del empleador en el supuesto de optar el damnificado por percibir las prestaciones dinerarias del régimen especial, ya que tal exclusión resta incentivo a los empleadores para atender razonablemente a las normas de seguridad e higiene.

2. Que el desplazamiento de competencia hacia los juzgados civiles y la supresión de los principios del derecho laboral en aquellas causas que se fundamenten en el derecho civil acentúa la vulneración del principio protectorio en todas sus reglas (regla de la condición más favorable, arts. 7 y 8 de la LCT; regla de la norma más favorable, art. 9, primer párrafo de la LCT; in dubio pro operario, art. 9 de la LCT, segundo párrafo), ya que no se tiene en cuenta la particular situación de vulnerabilidad económica en la que generalmente se encuentran los trabajadores accidentados.

Además, la supresión de otros principios del derecho laboral, como el principio de gratuidad, principio consagrado en el art. 20 de la Ley de Contrato de Trabajo que hace realidad el acceso a la justicia, violenta el espíritu de los art. 16 y 18 de la Constitución Nacional.

Al igual que lo que ocurre con la reinstalación del sistema de opción excluyente, este aspecto de la ley 26.773 constituye una violación del principio de progresividad, por los mismos motivos explicados en el punto 1.

Además, como se vio en el capítulo I, ya en 1998 la Corte Suprema, en la causa “Jordán”, había establecido que los tribunales de trabajo son los competentes para entender en acciones fundadas en el derecho civil, mientras que numerosos fallos de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (“Aguirre”, “Astudillo”, etc.), han declarado inconstitucional el art. 4 de la ley 26.773 por considerar que dicha norma viola el principio del juez natural.

3. Que en el capítulo III. 2. se han enumerado los fundamentos esgrimidos por los defensores de la reinstalación de la opción excluyente, tales como la litigiosidad, la prevención, la tradición y la presunción de incompatibilidad entre las reparaciones del sistema general y el especial, y se han evidenciado sus inconsistencias.

Por todo lo señalado anteriormente, resulta cuestionable la constitucionalidad los arts. 4 y 17 inc. 2° de la ley 26.773. Y si bien la inconstitucionalidad de dichos artículos ya fue declarada en numerosos fallos de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, así como de numerosos tribunales del interior del país, corresponde esperar un eventual pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en tanto que último intérprete de la Constitución, ya que el criterio que adopte el Máximo Tribunal será invaluable para seguir intentando esclarecer el problema.

Ahora bien, más allá de la pregunta por la constitucionalidad de la normativa analizada, el supuesto de declaración de inconstitucionalidad en casos concretos no puede producir de por sí una mejor tutela de los derechos de los damnificados, puesto que lo único que se logra en tal caso es seguir aplicando el mismo régimen que el nuevo sistema pretende mejorar.

El sistema de reparación actual, basado en la ley especial, posee numerosos aspectos positivos, tales como el aumento de las prestaciones dinerarias, las cuales se ajustan periódicamente mediante el índice RIPTE, así como la obligatoriedad de cumplir con las prestaciones en especie sin que sea posible su compensación monetaria, sin olvidar el adicional de 20% para compensar daños resarcibles que no estén contemplados

por el sistema tarifado, así como el ajuste para las prestaciones periódicas en caso de gran invalidez anteriores al decreto 1694/09 (Toselli, 2013). También es positivo el remplazo del sistema de renta periódica por el de pago único, entre otras cuestiones.

Estos aspectos de la ley 26.773 constituyen, sin duda, una serie de mejoras, algunas cualitativas y otras cuantitativas, de las prestaciones que perciben los trabajadores víctimas de infortunios laborales, pero no sería correcto que las bondades de un sistema sirvan como excusa para hacer la vista a un lado respecto de sus defectos, sobre todo cuando dichos defectos podrían implicar la pérdida de derechos y garantías conquistados a lo largo de muchos años.

Por ello, paralelamente al cuestionamiento crítico de la ley 26.773, corresponde establecer algún criterio positivo o propuesta que permita complementar los aspectos positivos del nuevo sistema con soluciones concretas que estén acordes a la perspectiva que se ha establecido a lo largo de este trabajo.

En tal sentido se recuerda la solución propuesta por el Dr. Foglia:

Desde mi perspectiva considero que, atento el estado actual de la cuestión, la solución de la ecuación planteada sería una reforma legal por la cual el trabajador primero recorra el camino de la LRT y reciba las prestaciones que la misma establece, y luego, en caso de insuficiencia, tenga expedita la acción civil complementaria hasta llegar a la reparación plena. (Foglia, 2013, F,b)

Y esta solución parece razonable, ya que no se trata de reemplazar el régimen tarifado, cuyo sentido de ser se encuentra, tal como lo expresa la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Aquino” (ver cap. II.2) en los “elevados propósitos de automaticidad y celeridad de las prestaciones perseguidos por la LRT”, sino que se trata de no clausurar la posibilidad, en aquellos casos en que resulte procedente, de una posterior revisión judicial de la reparación de los daños, más aún, si se considera que el sentido principal del régimen especial, en tanto que componente de la seguridad social, es la protección de los trabajadores respecto de las contingencias laborales, perspectiva que siempre debe anteponerse a las consideraciones sobre el gasto público o la rentabilidad de las empresas privadas.

Por otro lado, el art. 6 de la ley 26.773 contempla el caso de una reparación obtenida por sentencia judicial, transacción o conciliación. Si en este caso la ART debe depositar en el expediente el importe que hubiera correspondido según el régimen especial, ¿por qué desde el primer momento el trabajador debe renunciar a percibir toda prestación dineraria? La ley podía haber establecido una solución menos estricta. Podía, por ejemplo, haber establecido que, en caso de que el trabajador optara por seguir el trámite de la acción civil, tenga derecho, en una primera instancia, al cobro de, al menos, un porcentaje de las prestaciones dinerarias correspondientes al régimen especial.

Por último, respecto de la cuestión de la litigiosidad, mascarón de proa para la reinstalación de la opción excluyente, ya se ha dicho que su razón debe buscarse en los altos niveles de siniestralidad laboral que existen.

Además, las mejoras introducidas en las prestaciones del régimen tarifado (el adicional del 20%, los topes mínimos y los reajustes periódicos), deberían implicar de por sí una disminución de la litigiosidad, por lo que no se ve la necesidad de privar a los damnificados del derecho a acceder a la justicia laboral en caso de ser necesario.

De todas maneras, tanto la Ley de Riesgos del Trabajo, como su modificatoria, la ley 26.773, ponen, con buen criterio, a la prevención en un nivel no inferior al de la reparación, y es en este sentido, principalmente, que se reafirma lo dicho más arriba, de que no se propone dejar de lado los aspectos positivos del nuevo sistema, sino, en todo caso, continuar legislando progresivamente en la lógica de que las leyes deben tender a consagrar los derechos y principios que establece nuestro orden constitucional.

Bibliografía

Doctrina:

- Carnota, W. F. y Maraniello P. A. (2008), *Derecho Constitucional*, (5ª ed.). Buenos Aires: La ley.
- De Diego, J. A. (2002) *Manual de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (5ª ed.). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Grisolía, J. A. (2013), *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (12ª ed.). Buenos Aires: Estudio.
- Leguizamón H. E. (s.f.) *La Responsabilidad Civil en el Proyecto de Código Civil y Comercial*. Recuperado el 16 de mayo de 2015 de: <http://www.catl.org.ar/archnovedades/DictamenLeguisamon.pdf>
- Miroló, R. (1999). *Curso de Derecho Del Trabajo y de La Seguridad Social, Tomo I* (8ª ed.). Buenos Aires: Astrea.
- Vazquez Vialard, A. (1999a) *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Tomo I* (8ª ed.). Buenos Aires: Astrea.
- Vazquez Vialard, A. (1999b) *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Tomo II* (8ª ed.). Buenos Aires: Astrea.
- Yuni J. A. y Urbano C. A. (2006) *Técnicas para investigar. Recursos metodológicos para la preparación de proyectos de investigación* (12ª ed.). Córdoba: Brujas. Recuperado el 1 de junio de 2015 de <http://doctoradosociales.com.ar/wp-content/uploads/YUNI-URBANO-2006-T%C3%A9cnicas-para-investigar.pdf>
- Schick, H. (2013) Prevención y reparación de daños por accidentes del trabajo: los desafíos resultantes de la opción con renuncia en la ley 26.773. *XIX Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social Buenos Aires, 30 de octubre al 1º de noviembre de 2013*. Recuperado el 4 de junio de 2015 de: http://www.estudioschick.com.ar/p_63.pdf

Artículos y publicaciones digitales:

- Análisis de la Asociación de Abogados Laboralistas del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (2014). Recuperado el 25 de abril de 2015 de: http://www.aal.org.ar/index.php?option=com_content&view=article&id=528:análisis-de-la-asociación-de-abogados-laboralistas-del-nuevo-código-civil-y-comercial-de-la-nación-octubre-de-2014&catid=41:declaraciones&Itemid=63

- La Corte Declaró Inconstitucional El Procedimiento de La Ley de Riesgos del Trabajo. (Fallo Comentado: Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS) ~ 2004/09/07 ~ Castillo, Ángel S. c. Cerámica Alberdi S.A.). Recuperado el 7 de agosto de 2015 de http://www.estudioschick.com.ar/p_12.pdf
- Bermúdez, I. (2014) Críticas de Laboralistas al nuevo Código Civil. Recuperado el 28 de abril de 2015 de: <http://losandes.com.ar/article/criticas-de-laboralistas-al-nuvo-codigo-civil>
- Bourdin, M. (2007) ART: la Corte admitió la vía civil para reclamar indemnizaciones. Fuente: *iProfesional*. Recuperado el 6 de agosto de 2015 de <http://www.iprofesional.com/notas/48033-ART-la-Corte-admiti-la-via-civil-para-reclamar-indemnizaciones>
- Cornaglia, R. J. El juez natural en la reparación de daños laborales. Fuente: *La Ley Online*. Recuperado el 2 de junio de 2015 de: <http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a0000014db66a8299a969f5da&docguid=i8F2B5171E96FE08AF19A2A3A2C6BB8BE&hitguid=i8F2B5171E96FE08AF19A2A3A2C6BB8BE&spos=1&pos=1&td=22&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=74&crumb-action=append>
- Elgorreaga, L. (2014) Aspectos del nuevo Código Civil y Comercial que inciden en la regulación de las relaciones laborales. Recuperado el 15 de agosto de 2015 de <http://revistadesdeelpie.com.ar/aspectos-del-nuevo-codigo-civil-y-comercial-que-inciden-en-la-regulacion-de-las-relaciones-laborales/>
- Foglia, R. A. (2013) ¿Subsiste el fundamento jurídico de la opción? Fuente: *Rubinzal Online*: Recuperado el 20 de junio de 2015 de: <http://www.rubinzalonline.com.ar/blog/subsiste-el-fundamento-juridico-teorico-de-la-opcion-por-ricardo-arturo-foglia/#.VT1QFCe1Gkp>
- Foglia, R. A. (2015a) El fallo "Urquiza" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la competencia del fuero civil para entender en las acciones fundadas en el Código Civil por infortunios del trabajo anteriores a la vigencia de la ley 26.773. Fuente: *La Ley Online*. Recuperado el 2 de junio de 2015 de: <http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a0000014db66a8299a969f5da&docguid=i8F2B5171E96FE08AF19A2A3A2C6BB8BE&hitguid=i8F2B5171E96FE08AF19A2A3A2C6BB8BE&spos=1&pos=1&td=22&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=74&crumb-action=append>

pos=1&td=22&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=74&crumb-action=append

- Foglia, R. A. (2015b) La CSJN establece que son competentes los jueces civiles para entender en las acciones fundadas en el Código Civil por infortunios del trabajo anteriores a la vigencia de la Ley 26.773. Recuperado el 25 de abril de 2015 de: <http://www.abogados.com.ar/la-csjn-establece-que-son-competentes-los-jueces-civiles-para-entender-en-las-acciones-fundadas-en-el-codigo-civil-por-infortunios-del-trabajo-antiores-a-la-vigencia-de-la-ley-/16087>
- González, R. A. Primeros fallos judiciales declaran la inconstitucionalidad de la ley 26.773 de reforma de la Ley de Riesgos del Trabajo. Recuperado el 26 de abril de 2015 de <http://www.actio.com.ar/notas/2013-10-16.php>
- Nápoli, R. (2003) El principio de progresividad de los derechos del trabajador en una nueva reforma de la Constitución Nacional. Fuente: Infojus. Recuperado el 10 de agosto de 2015 de http://www.infojus.gob.ar/doctrina/dacc030049-napoli-principio_progresividad_derechos_trabajador.htm
- Plancanica, N. (2014) Código Civil: "No veo que se perjudique a los trabajadores". Recuperado el 28 de abril de 2015 de: <http://www.agenciapacourondo.com.ar/secciones/sociedad/15721-codigo-civil-no-veo-nada-que-perjudique-a-los-trabajadores.html>
- Protocolos. Fuente: *Superintendencia de Riesgos del Trabajo*. Recuperado el 17 de octubre de 2015 de <http://www.srt.gob.ar/index.php/protocolos>
- Ramírez, L. E. (2012) Aspectos salientes de la reforma de la Ley de Riesgos del Trabajo. Recuperado el 24 de abril de 2015 de: Fuente: <http://thomsonreuterslatam.com/articulos-de-opinion/15/11/2012/aspectos-salientes-de-la-reforma-a-la-ley-de-riesgos-del-trabajo>
- Ramírez, L. E. (s.f.) La LRT, la ley 26.773 y la seguridad social. Recuperado el 2 de febrero de 2016 de: http://www.aal.org.ar/attachments/543_La%20LRT,%20la%20ley%2026773%20y%20la%20Seguridad%20Social.%20Ramirez.pdf
- Rossi, J. O. (2012) El Nuevo Código y el vicio de lesión. Fuente: *Colegio de Abogados de Morón*: Recuperado el 7 de junio de 2015 de: <http://www.camoron.org.ar/vermas-fallos.php?f=921&PHPSESSID=e261f044a256fa6c58d22c5c3144c8b3>

- Schick, H. (2008) Los montos indemnizatorios en los accidentes del trabajo y el derecho civil. Fuente: La Ley Online. Recuperado el 31 de enero de 2016 de: <http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad818150000152a2bb58affee1dafc&docguid=i6DD7F974EF29DAA16FCD13C9B95B5E65&hitguid=i6DD7F974EF29DAA16FCD13C9B95B5E65&spos=6&epos=6&td=9&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=30&crumb-action=append>
- Schick, H. (s.f.) Nuevo Código Civil y su incidencia en los infortunios laborales. Recuperado el 2 de febrero de 2016 de: <http://www.empresalud.com.ar/nuevo-codigo-civil-y-su-incidencia-en-los-infortunios-laborales/>
- Suárez, C.V. (s.f.) Acción de derecho común por accidentes de trabajo (leyes 24.557 y 26.773). Recuperado el 2 de febrero de 2016 de: [http://www.garciaalonso.com.ar/doc-71-accion-de-derecho-comun-por-accidentes-de-trabajo-\(leyes-24557-y-26773\).html](http://www.garciaalonso.com.ar/doc-71-accion-de-derecho-comun-por-accidentes-de-trabajo-(leyes-24557-y-26773).html)
- Toselli, C.A (2013) Lo que el viento se llevo. Análisis crítico de la ley 26773 de reforma a la ley de riesgos de trabajo. Recuperado el 31 de enero de 2016 de: <http://p8000268.ferozo.com/IGUAZU-2013/ponencias/Carlos%20Toselli.%20LEY%20DE%20RIESGOS.pdf>

Legislación

Boletín Oficial de la República Argentina (2012), año CXX, N° 32.509. Buenos Aires.

Constitución Nacional.

Código Civil de la Nación Argentina.

Código Civil y Comercial de la Nación.

Ley 9.688. Riesgos del Trabajo.

Ley 20.744. Régimen de Contrato de Trabajo.

Ley 24.028. Ley de Accidentes de Trabajo.

Ley 24.557. Riesgos del Trabajo.

Ley 26.773. Régimen de Ordenamiento de la Reparación de los Daños Derivados de los Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales.

Instrumentos internacionales:

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 1948.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966.

Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, 1969.

Jurisprudencia:

C.J. Provincia de San Juan. “Iñon Gutiérrez María Laura c/ Construcciones Ivica y Antonio Dumandzic S.A. y otro S/CONFLICTO DE COMPETENCIA” Expte.: N° 715. Fuente: Poder Judicial. Provincia de San Juan. República Argentina. Escuela de Capacitación Judicial. Fallos de la Sala I de la Corte de Justicia. Recuperado el 10 de septiembre de 2015 de: <http://www.jussanjuan.gov.ar/escuelajudicial/index.php/publicaciones/fallos-de-la-sala-i-de-la-corte-de-justicia/451-expte-no-715-caratula-inon-gutierrez-maria-laura-c-construcciones-ivica-y-antonio-dumandzic-sa-y-otro-sconflicto-de-competencia>

CNAT, Sala III, “Astudillo, Walter Gustavo c/ Prevención ART S.A. s/ Accidente-Acción Civil”, Sentencia Interlocutoria N° 62.970, (2013). Recuperado el 25 de abril de 2015 de: <http://seceic.blogspot.com.ar/2013/08/fallo-de-la-camara-nacional-del-trabajo.html>

CNAT, Sala V, “Virgilli, Darío Ernesto c/ Federación Patronal Seguros S.A. y otros s/ Accidente – Acción civil”, Dictamen N° 56.350 (2012).

CNAT, Sala X, “Rodríguez José Daniel c/MAPFRE Argentina ART SA s/accidente-acción civil”. Expte. N° 45.768/2013 Sent. Int. N° 22680 (2014). Extracto tomado del Boletín de jurisprudencia n° 342 de la CNAT. Recuperado el 18 de octubre de 2015 de: <http://www.pjn.gov.ar/Publicaciones/00003/00077171.Pdf>

CSJN, “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidente 9688”, Fallos: 327:3753 (2004).

CSJN, “Arostegui Pablo Martín c/ Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo SA”, Fallos: 331:570 (2008).

CSJN, “Cachambi, Santos c/ Ingenio Río Grande S.A.”, Fallos: 330:2685 (2007).

CSJN, “Castillo, Ángel S. c. Cerámica Alberdi S.A”, Fallos 327:3610 (2004).

CSJN, “Llosco Raúl c/ Irmi SA”, Fallos: 330:2696 (2007).

CT de Córdoba, Sala X, “Martín, Pablo Darío c/ MAPFRE ART S.A. – Ordinario – Accidente (ley de riesgos)” (2012). Fuente: elDial.com – AA7D43. Recuperado el 10 de octubre de 2005 de: <http://garciaalonso.com.ar/blog/laboral/?p=202>

TSJ de Córdoba, " Martín, Pablo Darío c/ MAPFRE ART S.A. – Ordinario – Accidente (ley de riesgos) - RECURSO DE CASACION E INCONSTITUCIONALIDAD" 170607/37 Fuente: Justicia Córdoba. Recuperado el 10 de septiembre de 2015 de: http://www.justiciacordoba.gov.ar/justiciacordoba/paginas/servicios_fallosrecientes_textocompleto.aspx?enc=n91dv46cE2jkYEwyddXIhA==

AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR TESIS DE POSGRADO
O GRADO A LA UNIVERIDAD SIGLO 21

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

Autor-tesista	Gustavo Calvín
DNI	24.323.600
Título	La ley 26.773 y la constitucionalidad de la opción excluyente
Correo electrónico	gustavokalvin@yahoo.com.ar
Unidad Académica	Universidad Siglo 21
Datos de edición: Lugar, editor, fecha e ISBN, depósito en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual y autorización de la Editorial.	

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

Texto completo de la Tesis	SI
Publicación parcial	

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

Lugar y fecha: _____

Firma autor-tesista

Aclaración autor-tesista

Esta Secretaría/Departamento de Grado/Posgrado de la Unidad Académica:
_____certifica que la tesis adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

Firma Autoridad

Aclaración Autoridad

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado