



**Cobertura de los accidentes y enfermedades inculpables
desde la Seguridad Social.**

PROYECTO DE INVESTIGACIÓN APLICADA

Carrera: Abogacía

Universidad Siglo 21

Trinidad Bergamasco, Legajo VABG52497

Fecha de Presentación: 09/10/2018

Resumen

El presente trabajo analiza la legislación vigente sobre cobertura de los Accidentes y Enfermedades Inculpables, que se encuentra anclada en el Derecho Individual. Se estudia la Seguridad Social como derecho autónomo, con sus principios y con la intención de alumbrar una idea superadora sobre el encuadre de las dolencias inculpables. Para verificar la tesis, se desmenuza el Derecho Internacional y el Derecho Comparado, sobre el instituto. En ambos casos se verifica que el ámbito óptimo de cobertura es la Seguridad Social. Además, se indaga sobre los Derechos Constitucionales afectados por el régimen actual, y ante la abrumadora evidencia, se propone un cambio en la cobertura, a modo de conclusión.

Parte de la conclusión utiliza, para evitar un desgaste del sistema, o cambios estructurales, un sub-sistema ya existente y analizado, como es el de cobertura de Accidentes y Enfermedades profesionales.

Abstract

The present work analyzes the current legislation on coverage of Accidents and no guilty Diseases, which is anchored in the Individual Law. Social Security is studied as an autonomous right, with its principles and with the intention of illuminating an overarching idea about the framework of no guilty diseases. In order to verify the thesis, International Law and Comparative Law are crumbled on the institute. In both cases it is verified that the optimal scope of coverage is Social Security. In addition, it inquires about the Constitutional Rights affected by the current regime, and before the overwhelming evidence, a change in coverage is proposed, by way of conclusion.

Part of the conclusion uses, to avoid a wear of the system, or structural changes, a sub-system already existing and analyzed, such as the coverage of accidents and occupational diseases.

Tabla de Contenidos

1- Planteamiento del problema	Página 5
2- Marco Teórico.....	Página 12
2.1. Cobertura actual de accidentes y enfermedades inculpables en Argentina..	Página 13
2.2. La Seguridad Social en Argentina	Página 20
2.3. Cobertura de Accidentes y Enfermedades Profesionales	Página 29
3- Metodología	Página 40
4- Análisis de Resultados	Página 43
4.1. Afectación a Derechos Constitucionales	Página 43
4.2. Cobertura en el Derecho Comparado	Página 50
5- Conclusiones	Página 60
6- Bibliografía	Página 67

Planteamiento del Problema

Introducción a la problemática

El Régimen de cobertura de los Accidentes y Enfermedades Inculpables en el Derecho del Trabajo Argentino resulta, prima facie, inconsistente o en crisis con ciertos principios constitucionales.

Es el empleador quien, a partir del primer día de trabajo de su dependiente, tendrá legalmente la obligación de abonar las remuneraciones mensuales aun cuando no se presten servicios por motivos de enfermedad o accidente inculpable (ajenos al trabajo) y por un plazo que varía según antigüedad y cargas de familia, entre 3 meses y hasta 1 año.

El empleador no tiene incidencia alguna en la protección del trabajador, para que no le acontezcan las contingencias que debe cubrir, o para reducir el impacto negativo de las mismas en la salud de su dependiente, aun así debe abonar las remuneraciones por el período que dure la incapacidad de prestar tareas.

Se plantea como problema a resolver a través de la hipótesis, si se afectan derechos de raigambre constitucional del trabajador y del empleador, con la cobertura actual de las enfermedades y accidentes inculpables, tales como el Derecho de Propiedad, el Derecho de Cobertura Integral de la Seguridad Social y el Derecho de Defensa. También como corolario o conclusión se analiza si deberían ser cubiertas desde algún

subsistema de la Seguridad Social, ya que en ningún momento la respuesta puede generar que el trabajador quede desamparado ante la ocurrencia de la Enfermedad o Accidente. El ámbito temporal del estudio es el presente, con base en una normativa de fondo, la Ley De Contrato de Trabajo (LCT), cuyo alcance es nacional.

Numerosos son los doctrinarios y también los docentes, que al mencionar o enseñar el Instituto que concentra nuestra atención, sugieren que debiera ser cubierto por la Seguridad Social, pero lo cierto es que la LCT data del año 1974 (más de 40 años) y hasta la fecha no se han tratado proyectos que resuelvan la falencia, que ya muchos señalan.

La afectación económica, en especial para las PyMEs y Micro PyMEs, puede generar el cierre de la empresa, con la consecuente pérdida de fuentes de trabajo. Uno de los problemas radica en la imposibilidad de anticipar la contingencia, para prever su cobertura.

Donde mejores respuestas encontramos al inconveniente del presente estudio, es en el Derecho Comparado, ya que ningún país impone sobre el empleador las consecuencias de las enfermedades o accidentes inculpables, que tienen cobertura en diversos sistemas, pero siempre solidarios y pertenecientes a la Seguridad Social.

Es relevante la temática escogida para la presente investigación, ya que los derechos del trabajador y del empleador, deben ser respetados por las normativas que regulan el derecho interno, y en caso que una ley colisione con tales derechos, hay que generar las vías necesarias para su modificación y ajuste a la normativa constitucional.

Para las empresas, la cobertura de los accidentes y enfermedades inculpables genera, además de costos económicos de cobertura, costos de oportunidad por trabajos que no se pueden realizar, desgaste de los sistemas de control de ausentismo, desgaste de las relaciones interpersonales de empleado/empleador, e incluso entre los mismos compañeros de trabajos y muchos otros costos indirectos.

La hipótesis de trabajo que se procura sustentar, dice concretamente: El Sistema actual de cobertura de accidentes y enfermedades inculpables afecta derechos del trabajador y del empleador de raigambre constitucional y debe ser reemplazado por una cobertura anclada en la Seguridad Social.

El objetivo central es analizar si el sistema de la LCT es inconstitucional. Para lograr este objetivo, se comienza analizando la Seguridad Social en sí misma y luego el amparo legal actual del instituto en la normativa de fondo, como también la dimensión temporal y económica de la cobertura vigente.

Aunque resulte paradójico, los accidentes y enfermedades que tienen vinculación directa con el trabajo, llamados profesionales, si tienen cobertura a través de un Régimen de la Seguridad Social. Se estudiará brevemente este sistema, con la intención de analizar los mecanismos que pudieran ser de utilidad en una propuesta superadora.

Otra vía de estudio es la cobertura en los países que pudieran aproximarse de alguna manera a nuestra idiosincrasia, para analizar cómo establecen la cobertura de la contingencia, fronteras adentro.

Como cierre, se intentará realizar una propuesta de modificación para lograr, con las instituciones actuales de la Seguridad Social, la creación de un subsistema de Seguridad Social capaz de cubrir adecuadamente la contingencia en estudio y que sea sustentable, sin grandes modificaciones estructurales ni costos adicionales.

Es importante destacar que la Seguridad Social nace con la intención de cubrir las “Contingencias Sociales”, que son aquellos hechos, que pueden acontecer o no a lo largo de la vida, pero que de ocurrir, afectan seriamente la posibilidad de generar ingresos o de valerse por sí mismos, de los individuos. Para ello, la sociedad toda, pergeña algún mecanismo solidario que distribuya el costo de la contingencia en un grupo social mayor, con la intención de que no se afecte particularmente a nadie y que no quede sin cobertura la contingencia.

El costo de las enfermedades y accidentes inculpables, debiera distribuirse en algún grupo social y el más representativo es el de los empleadores, ya que en caso de una cobertura por parte de un sistema, serán los principales beneficiarios. Podrán obtener una previsibilidad en los costos, con la consecuente cobertura del puesto por otros trabajadores, de aquellos que estén transitoriamente imposibilitados para trabajar, lo que generaría, inclusive, mayor empleo.

Esto también generaría un gran beneficio, sobre todo para las PyMEs, ya que el costo de afrontar las contingencias analizadas se distribuiría entre todos los empleadores, no afectando especialmente a ninguno, tal como ocurre con los accidentes y enfermedades profesionales.

El problema de investigación se circunscribe a sí: ¿Afecta derechos de raigambre constitucional del trabajador y del empleador, la cobertura actual de las enfermedades y accidentes inculpables? ¿Sería más apropiada su cobertura desde la Seguridad Social?.

No se pretende que el trabajador quede desamparado ante la gravosa contingencia de una enfermedad o accidente que le impida la prestación laboral durante un período prolongado, sino que es la intención aportarle justicia a la temática, a través de una cobertura que no perjudique a nadie en particular, como ocurre con el Seguro Nacional de Salud, donde una obra social cubrirá las prestaciones en especie, pero recibirá a través del Fondo Solidario de Redistribución una suma, en caso de enfermedades de gravedad, para que no se afecte su sustentabilidad.

Objetivos

Es el objetivo general del presente trabajo de investigación, demostrar que la cobertura de Enfermedades y Accidentes Inculpables actual, afecta derechos de raigambre constitucional de las partes involucradas.

Los Objetivos particulares son:

- Analizar la estructura de la Seguridad Social en general y la cobertura legal actual del instituto Enfermedades y Accidentes Inculpables.

- Detallar la incidencia de la cobertura de las enfermedades y accidentes inculpables, en los costos totales de la empresa, analizando la dimensión temporal y económica.
- Comparar con el Régimen de Cobertura de las mismas contingencias, pero profesionales. Ley de Riesgos del Trabajo (LRT)
- Analizar los Derechos Constitucionales afectados
- Analizar el Derecho Internacional en relación al Instituto.
- Analizar la cobertura de la contingencia en el Derecho Comparado.

Justificación

Una de las pretensiones del presente es aportar una solución a una temática largamente padecida tanto por empresarios como por trabajadores. Las pequeñas empresas afrontan costos excesivos al momento de dar cobertura a los accidentes y enfermedades inculpables, que pueden generarles graves consecuencias económicas que deriven incluso en el cierre de las mismas. Los trabajadores, por su parte, dependen para la cobertura de la contingencia, de la continuación de un vínculo laboral que carece de estabilidad. Por ejemplo, si un trabajador padece una dolencia importante como un cáncer, en caso que la empresa lo desvincule en la primera presentación de un certificado médico, esta persona carecerá de salarios continuatorios, como así también de cobertura de salud a través de su obra social, la que perderá a los 3 meses. Si pudiéramos ubicar la

cobertura en la Seguridad Social, no dependería de ninguna voluntad particular que el trabajador encuentre amparo a su dolencia en un sistema sostenido por todos por igual.

Por estas cuestiones esenciales para un derecho tan fundamental como es el derecho a la salud, es que la temática propuesta es de vital importancia. Pretendemos beneficiar especialmente a los pequeños empresarios y a los trabajadores, con los análisis y resultados del presente.

Limitaciones.

Como todo trabajo de análisis, el presente tiene un marco al cual se circunscribe. No pretendemos abarcar la totalidad de las aristas de la temática, sino que el estudio se acotará a las normas vigentes en la actualidad, sin análisis histórico, mientras que en el derecho comparado analizaremos específicamente la doctrina de la OIT con relación a la cobertura de la Seguridad Social y específicamente de la contingencia bajo estudio.

Mientras que en el derecho interno de otros países, nos interesa hacer especial hincapié en algunos que sean de similar idiosincrasia, por eso la selección se ha limitado arbitrariamente a 4 países, siendo 3 vecinos de Latinoamérica (Paraguay, Uruguay y Chile) y el cuarto perteneciente a Europa, pero con similitudes evidentes, como es España.

Capítulo 2: Marco teórico

1. Cobertura actual de Accidentes y Enfermedades Inculpables en Argentina

1.1 Accidente y enfermedad inculpable en la Ley de Contrato de Trabajo.

El Instituto de las Enfermedades y Accidentes Inculpables es uno de los tipos de suspensiones de ciertos efectos del contrato de trabajo, que interesa particularmente analizar en el presente trabajo de investigación. En el mismo se suspende la prestación de servicios por parte del trabajador, pero no el devengamiento y pago del salario. Se encuentra legislado en el Título X, Capítulo I de la Ley de Contrato de Trabajo (Ley 20.744, art. 208 a 213).

La “Enfermedad y accidente inculpable” es aquella contingencia de falta de salud que padece el trabajador, no originado en hecho o por ocasión del trabajo y que no responde a una causa profesional del mismo. Ejemplos: Gripe, angina, cólico estomacal, lesión sufrida en un partido de fútbol, etc. Mucho se ha escrito sobre la “inculpabilidad” en la definición legislativa, la interpretación práctica tiende a la amplitud “sólo cabe excluir del amparo de las enfermedades inculpables (arts. 208/2013, LCT) al hecho intencional, los accidentes o enfermedades producidos por la temeridad prácticamente intencional o por

culpa grave de la víctima” (Grisolía, 2013, p.2721), aunque en la práctica es muy difícil que alguna dolencia resulte excluida.

1.2 Dimensión temporal y económica de la cobertura.

En éste Instituto, el empleado no presta servicios, pero percibe su remuneración por los plazos de la licencia que se establecen en el artículo 208 de la LCT y dependen principalmente de la antigüedad del trabajador. Hasta 5 años de antigüedad (sin considerar ningún mínimo de prestación de servicios) corresponderán 3 meses de licencia paga, mientras que excedidos los 5 años de antigüedad la licencia se extenderá a 6 meses. “La naturaleza jurídica de éstas prestaciones dinerarias corresponde a la Seguridad Social, aunque el legislador las denomine remuneraciones, ya que no se trata de una contraprestación del débito laboral” (Morresi dir., 2015, p. 341). Para el caso de recidiva de enfermedades crónicas (cuando una misma enfermedad se vuelve a manifestar en sus síntomas incapacitantes para el trabajo), el art. 208 contempla que una vez transcurridos los plazos que devengan remuneración (según sean los años de antigüedad o cargas de familia), la recidiva de estas enfermedades no se considerarán una enfermedad distinta, hasta que no transcurran 2 (dos) años (a partir de la primera exteriorización), momento desde el cual se considerará como una nueva enfermedad, aunque no lo sea (o sea vuelve a generar los derechos previstos en el Instituto bajo análisis). Los plazos mencionados son

por cada enfermedad que manifieste el trabajador. Lo mencionado surge del análisis de la autora sobre la LCT.

Si el trabajador contara con cargas de familia, se duplican los plazos de licencia paga, mencionados en el párrafo anterior. Respecto a las cargas de familia tenemos varias bibliotecas opinantes, algunos consideran que solo aquellas relaciones que generan prestaciones del Régimen Nacional de Asignaciones Familiares deben considerarse cargas de familia, ésta sería la tesis reducida. Un punto intermedio es el que establece que aquellas personas a las que la Ley de Obras Sociales los establece como integrantes del grupo familiar primario obligatorio, serán cargas de familia para el sistema de enfermedades inculpables (art. 9 Ley 23.660). Y por último una doctrina más amplia considera las cargas de familia desde el punto de vista de la obligación alimentaria que establece el Código Civil y Comercial, donde hasta los padres del trabajador, entrarían en dicho concepto.

El deber de diligencia para que se acrediten las mencionadas cargas, se encuentra en cabeza del empleador, así lo ha considerado la jurisprudencia del máximo tribunal en Córdoba:

La parte actora sostiene que el a quo omitió expedirse respecto de los haberes por enfermedad inculpable en función de las cargas de familia que oportunamente alegó y acreditó (libreta de familia, testimonial y la inversión probatoria por la falta de exhibición de su legajo personal y libro del art. 52 LCT). [...]La demandada negó que la trabajadora tuviera derecho a licencia paga por enfermedad por el plazo de seis meses (art. 208 LCT) porque nunca presentó constancia idónea que justificara su

derecho (fs. 87 vta.). Sin embargo, tal defensa no puede admitirse ya que no resultó demostrada su actividad inicial, esto es, que su parte requiriera la documentación como lo prevé el art. 2 de la ley N° 22.161. Por tanto no puede imputársele mora a la reclamante, atento a que no fue notificada debidamente para así conocer las consecuencias de su incumplimiento, porque es el empleador quien tiene que activar los mecanismos reglamentarios previstos al efecto (en igual sentido Sents. Nros. 94/96, 122/00, 122/03 y 209/11). La postura es coherente con el deber de iniciativa y diligencia que la ley le impone, en orden a posibilitar al trabajador el goce íntegro y oportuno de los beneficios sociales.

(TSJ de Córdoba. Sala Laboral “*PERALTA ISABEL CRISTINA C/ INTEGRAL COM SRL - ORDINARIO - DESPIDO – RECURSO DIRECTO*” Expte n° 92889/37. 2012).

Con relación a la remuneración a percibir durante la licencia, la LCT establece que los conceptos percibidos tendrán naturaleza salarial, a pesar de no haber contraprestación laboral. “El sueldo es el precio de locación de la fuerza de trabajo del asalariado” (Supiot, 2008, p. 110). En otra inconsistencia podemos observar que si no hay prestación de servicios por accidente o enfermedad profesional, la prestación que se recibe es dineraria, pero no salarial, mientras que en caso de la misma contingencia pero inculpable (ajena al trabajo), la LCT establece la obligatoriedad de pagar una suma remunerativa, con las correspondientes cargas que eso presupone.

La LCT establece los siguientes principios básicos para determinar el valor que percibirá el trabajador, durante los plazos de licencia paga:

1- En ningún caso la remuneración percibida por el trabajador será inferior a la que hubiese percibido de no haberse producido el accidente o enfermedad.

2- El trabajador percibirá el importe de la remuneración que le correspondía al momento de la interrupción de los servicios.

3- Se le sumaran los aumentos que le fueran acordados a los trabajadores de su misma categoría por norma legal, convencional o decisión del empleador durante el plazo de enfermedad.

4- Si el salario fuese conformado por remuneraciones variables se liquidará conforme al promedio percibido en los últimos 6 meses anteriores a la enfermedad.

5- Las prestaciones en especie que por la interrupción de tareas dejara de percibir serán “valorizadas adecuadamente”.

1.3 Otras cuestiones relevantes de la cobertura vigente

Un derecho del empleador, que abonará el sueldo aunque el trabajador no preste servicios, es efectuar el control de la existencia de la enfermedad: El art. 210 LCT establece que “el trabajador está obligado a someterse al control que se efectúe por el facultativo designado por el empleador”. Si el trabajador se negase a aceptar el control, no sólo puede

perder el derecho al cobro de la retribución sino que además puede ser pasible de una sanción disciplinaria. La facultad del empleador, implica que sus médicos pueden revisar al trabajador enfermo y establecer la existencia, el carácter y la duración de la dolencia, no pudiendo suplir al profesional elegido por el empleado, ni el tratamiento indicado.

En el caso en que el trabajador resulte con una disminución permanente de su capacidad laborativa, al empleador se le presentan diferentes opciones según el artículo 212 de la LCT, todas con distintas consecuencias:

- 1- Incorporar al trabajador a tareas que pueda realizar con la capacidad residual laboral. El empleador no podrá disminuir la remuneración del trabajador.
- 2- Si el empleador no tiene tareas acordes a esa capacidad residual del empleado, deberá poder demostrarlo, y si así puede hacerlo, se extinguirá la relación abonando la empresa, una indemnización reducida (50% de la indemnización por antigüedad).
- 3- Si con referencia al punto anterior, el empleador no pudiera demostrar que no tiene tareas acordes, las consecuencias serán las mismas que en un despido sin justa causa.
- 4- En caso de disminución de la capacidad laborativa de un 66% o más, la relación se extinguirá y el empleador deberá abonar una suma igual a la indemnización por antigüedad.

Existe, al vencimiento de la cobertura mediante la licencia que devenga remuneración por los períodos indicados supra, un plazo de “Conservación del Empleo” establecido en el artículo 211 del mismo plexo normativo. Este plazo tiene como objetivo

que el trabajador mantenga la posibilidad de recuperar su fuente de trabajo, si se repone de su problema de salud.

El plazo previsto en el artículo 211 de la LCT es de un año, o hasta que el trabajador esté en condiciones de reintegrarse, si lo hiciera con anterioridad al cumplimiento del período indicado. No se devengará remuneración, pero el plazo que transcurra hasta la recuperación del trabajador o la finalización por extinción del contrato, “debe ser considerado tiempo de servicio y computado como antigüedad en el empleo para la determinación de los beneficios que surjan de la ley, los convenios colectivos y los estatutos profesionales” (Grisolía, Ahuad, 2007, p. 255). En cuanto al inicio del cómputo, es desde el “último día de licencia paga, la cual puede ser voluntariamente ampliada por el empleador, ya que el plazo legal previsto en el art. 208 LCT es mínimo y no impide una actitud ampliatoria por parte del dador de trabajo” (Altamira, Bonetto, Piña, 2007, p. 485).

Tanto la licencia paga, como el año de Reserva del Puesto, pueden ampliarse si el empleador así lo desea, los plazos indicados en la normativa son plazos mínimos que garantizan ese piso inderogable al trabajador afectado. En el período de conservación, el trabajador tendrá derecho a la cobertura de su Obra Social, sin ingresar aportes ni contribuciones, debido a que no existirá remuneración (art. 10 de la Ley 23.660).

En caso de agotar el plazo previsto, y si alguna de las partes así lo dispusiera, el contrato de trabajo se disolverá, sin indemnizaciones resarcitorias.

Tanto la finalización del plazo de licencia paga, como del período de reserva del puesto y por ende la extinción del contrato, deberán ser notificadas fehacientemente.

1.4 Conclusiones parciales

El instituto analizado, tiene total vigencia desde el punto de vista del derecho humano que tiene el trabajador de conservar su puesto de trabajo y a la vez, sus ingresos de carácter alimentario, mientras se encuentra imposibilitado de prestar servicios por problemas de salud. El tema fundamental, en realidad, está en quien debe hacerse cargo de esta prestación, que tiene naturaleza jurídica de la seguridad social. El impacto económico en una pequeña empresa, tanto de una licencia prolongada, como de una posible extinción del Contrato de Trabajo por incapacidad absoluta o relativa, supera ampliamente la previsión que, en general, puedan tener estas empresas.

Realzamos el valor humano que tiene esta prestación pero consideramos que ya es hora que nuestros legisladores ubiquen correctamente el instituto analizado, para mejorar su control y las prestaciones correspondientes y más aún cuando las enfermedades y accidentes que sí están relacionadas con el trabajo (profesionales), hace tiempo que encuentran su cobertura dentro de un subsistema de la Seguridad Social.

Una jurisprudencia muy reciente, pero de un tribunal inferior (Cámara del Trabajo de Villa María, voto unipersonal el Dr. Marcelo Salomón) determinó la inconstitucionalidad del artículo 212 cuarto párrafo, con fundamentos muy interesantes y similares a lo planteado en el presente trabajo de investigación. Los autos son: “GUARDIA

NÉLIDA BIBIANA C/ TRECCO SILVIA CRISTINA-ORDINARIO- OTROS” Expte. 1457331 y la sentencia es del día 23 de noviembre de 2017.

Con relación a la creación de un Subsistema de Seguridad Social que ampare específicamente la contingencia, deberemos buscar las referencias, no en la doctrina nacional sino en el Derecho Comparado, siendo los sistemas de Uruguay, Paraguay, Chile y España los que analizaremos, ya que tienen una realidad económica y social similar a la nuestra, y una cobertura que podría inspirarnos, como alternativa.

2. La Seguridad Social en Argentina.

2.1. Seguridad Social

A medida que la humanidad se ha ido desarrollando, ciertas afectaciones a las personas, se han cubierto a través de mecanismos solidarios, ya sea por cofradías, mutuales, sociedades de socorros mutuos, etc.

El ser humano sabe que, ante una contingencia que le impida la generación de ingresos, debe recurrir al resto de la sociedad y en especial, a su benevolencia. Para no dejar librada al azar la garantía de cobertura, se crean grupos de ayuda mutua, para ocasiones específicas. Esos fueron los antecedentes de lo que hoy conocemos como Seguridad Social. La Seguridad Social tiene un sujeto de tutela diferente al del derecho del

trabajo, no alcanza sólo al trabajador, sino que se amplía la protección al hombre, contra las contingencias sociales que puedan afectarlo. Se pretende alcanzar un conjunto de garantías contra determinadas eventualidades preestablecidas que pueden reducir o suprimir la capacidad, aún transitoriamente, de los que trabajan o imponerles cargas de imposible sostén ante la ocurrencia de la contingencia. (Sardegna dir, 2007).

La Seguridad Social es la rama del Derecho Público que brinda cobertura ante las contingencias sociales, no sólo a los trabajadores, sino a todas las personas que se encuentren afectadas por las mismas. En Argentina, el mayor respaldo normativo se encuentra en el artículo 14 bis de la CN, tercer párrafo “El Estado otorgará los beneficios de la Seguridad Social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable”.

Las contingencias sociales son “circunstancias de la vida que disminuyen en forma parcial o total el ingreso del hombre” (Grisolía, 2013, p. 4670). Por esto, la sociedad, a través de alguno de los subsistemas de la Seguridad Social, los ampara.

Los principios rectores de la materia varían según los autores que los desarrollen, pero desarrollaremos los que mayoritariamente trata la doctrina, y son:

- Solidaridad: Todos los aportantes contribuyen según sus posibilidades, obteniendo del sistema aquello que requieren, según sus necesidades.
- Universalidad Objetiva: Se pretende que la Seguridad Social alcance la mayor cobertura posible respecto de las contingencias cubiertas.
- Universalidad Subjetiva: Igual a la anterior, pero con relación a las personas amparadas.

- Subsidiariedad: Implica que el sujeto tutelado responda ante la contingencia con la capacidad que tenga para afrontar la misma, y que el sistema reaccione cuando él no pueda darse cobertura por sí mismo. Se entiende que el Estado no debe anular a las personas.
- Integralidad: La cobertura debe ser tal que implique las contingencias que ocurren aún antes del nacimiento, como aquellas que derivan del fallecimiento del causante, es decir que abarquen no solo la vida de la persona, sino también las contingencias anteriores y posteriores.
- Inmediatez: La Seguridad Social debe ser oportuna, de nada serviría llegar cuando los efectos de la contingencia han cesado. Por eso es necesaria una reacción inmediata ante la manifestación del impedimento.

El sujeto de protección preferente de la Seguridad Social es el hombre, la persona humana, que incluye al trabajador, como así también al autónomo, al desocupado, al trabajador informal, etc. La idea es que el conjunto social brinde cobertura a las personas humanas que no pueden, transitoriamente, gestionarse los medios por sí solos. Es distinto a la Asistencia Social, que será aquella que se brinde, en general y de forma más permanente, a las personas que atraviesan por estados de necesidad debido a un impedimento estructural de la sociedad, para superarse.

2.2. Subsistemas de la Seguridad Social, en Argentina

Si bien el Artículo 14 bis de la Constitución Nacional hace mención expresa a un “Seguro Social Obligatorio”, la elección legislativa ha sido por diversos subsistemas, que amparan a distintos sujetos, cada uno.

Son 5 los subsistemas vigentes:

- 1- SIPA: Sistema Integral Previsional Argentino, que cubre las contingencias de vejez, invalidez y muerte.
- 2- RNAF: Régimen Nacional de Asignaciones Familiares, que ampara a las personas por las diversas cargas de familia.
- 3- FNE: Fondo Nacional de Empleo, cuya principal prestación es el Seguro de Desempleo, ante la desocupación del trabajador que se encontraba en relación de dependencia.
- 4- SNSS: Sistema Nacional del Seguro de Salud, que incluye tanto a la salud pública como al Régimen de Obras Sociales. Las prestaciones que brinda el sistema son aquellas en especie, ante la falta de salud.
- 5- SRT: Sistema de Riesgos del Trabajo. Brinda prestaciones tanto dinerarias, como en especie a los trabajadores en relación de dependencia afectados por accidentes o enfermedades profesionales (aquellas relacionadas con el trabajo).

2.3. Cobertura de la contingencia “falta de salud”

La afectación de la persona humana, con relación a su salud, puede tener como origen el trabajo o puede deberse a cuestiones ajenas al mismo. En el léxico jurídico local,

se denominan como profesionales las que tienen relación con el trabajo, mientras que aquellas que no están vinculadas a las tareas laborales, se denominan inculpables.

Tanto los accidentes como las enfermedades profesionales, encuentran cobertura, para las prestaciones en especie y para aquellas dinerarias (continuadoras de salario e indemnizatorias) en un subsistema de la Seguridad Social, que analizaremos en detalle en el siguiente apartado.

Lo paradójico es que, mientras que las contingencias profesionales tienen un sistema de seguro a través de las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo (ART) que permite la distribución del riesgo en un grupo social determinado, aquellas que son inculpables, no tienen tal beneficio, al menos con relación a las prestaciones económicas.

Las prestaciones en especie con relación a la falta de salud debido a contingencias inculpables, es decir la atención médica, la atención odontológica, servicios bioquímicos, psicológicos, operaciones, etc, serán solventadas por el Sistema Nacional del Seguro de Salud, pudiendo el trabajador según su relación laboral, optar por una Obra Social Sindical o por una Obra Social de Dirección. Todas las obras sociales deben garantizar a sus afiliados la cobertura prevista en el PMO (Programa Médico Obligatorio), que a través de numerosas leyes ha ido perfeccionando y ampliando la cobertura mínima en relación a diversas prestaciones de salud.

El empleador será quien solvente, de su propio acervo, las prestaciones dinerarias derivadas de las enfermedades y de los accidentes inculpables, tanto aquellas continuadoras de salario que se pueden extender hasta el año de remuneraciones, e incluso más tiempo según beneficios previstos en ciertos Convenios Colectivos de Trabajo, como las

prestaciones que tienen carácter indemnizatorio. Éstas últimas se generan cuando el afectado concluye la etapa de recuperación con una invalidez determinada, o incluso, con el fallecimiento. Las indemnizaciones están previstas en el Derecho Individual del Trabajo, siendo a exclusivo cargo de la patronal.

Si el trabajador consolida una incapacidad definitiva, se deberá analizar el porcentaje de la misma (art. 212 LCT).

- Si es del 66% o más, el contrato de trabajo se extingue por incapacidad absoluta, generando el derecho del trabajador a percibir la Indemnización por Antigüedad como si el empleador lo hubiera despedido sin causa (recordemos que la enfermedad o accidente que motiva la incapacidad es ajena a la voluntad y al control preventivo del empleador).
- Si la incapacidad consolidada es inferior al 66% y no se encuentra en la empresa tareas acordes a la capacidad residual del trabajador, se extinguirá el contrato de trabajo, abonando la empresa una indemnización equivalente al 50% de la Indemnización por Antigüedad.

Si la conclusión de la etapa de accidente o enfermedad inculpable es por el fallecimiento del trabajador, la solución legislativa está prevista en el artículo 248 de la LCT, y establece a cargo de la firma empleadora una indemnización equivalente al 50% de la Indemnización por Antigüedad. El contrato se extingue al ser *intuitu personae*.

En ninguno de los 3 casos mencionados corresponde preaviso por no tener sentido su otorgamiento, y por caso, su omisión.

2.3. Financiamiento de la Seguridad Social

Los sistemas jurídicos que brindan prestaciones, del tipo que sean, requieren un modo de financiamiento claro y solvente, con relación a los fines que se determinen en cada sistema.

Se detalla el financiamiento actual de los 5 subsistemas de la Seguridad Social en Argentina, para poder luego, efectuar un comparativo con el financiamiento previsto en los países que se estudian para elaborar una propuesta alternativa.

1. SIPA.

El Sistema jubilatorio se financia tanto con aportes (aquellas sumas que se le deducen del sueldo al trabajador y son ingresadas al sistema por el empleador, por cuenta y orden de su personal) como por contribuciones (sumas que son a cargo de la empresa considerados como un impuesto al trabajo). El trabajador aporta un 11% de su remuneración bruta, mientras que el empleador, en el sistema general (sin tener en cuenta regímenes específicos con jubilación anticipada) contribuye de manera unificada al sistema con un 17,5% o con un 20,7% (valores vigentes por el año 2018), que además de incluir la contribución al SIPA, tiene las contribuciones al INSSJP (Instituto Nacional de Seguridad Social para Jubilados y Pensionados, ex Pami), al RNAF (Régimen Nacional de Asignaciones Familiares) y al FNE (Fondo Nacional de Empleo). Los valores de contribución del 17,5% o del 20,7% serán uno u otro según la empresa sea Industrial, que siempre le corresponderá el importe menor, o si, siendo comercial o de servicios, ha facturado menos de una suma determinada por la AFIP. La intención sería beneficiar con

una contribución menor a aquellas empresas, relativamente pequeñas en cuanto a su giro comercial. (Decreto 814/2001).

También aportan al sistema los trabajadores autónomos, y como una categoría especial de éstos, los monotributistas.

2. RNAF

El sistema de Asignaciones Familiares se financia exclusivamente con una contribución patronal, que se encuentra dentro del valor del 17,5% o del 20,7% según corresponda por el tipo de empleador.

3. FNE

Es la misma situación que la detallada para el RNAF.

4. Sistema Nacional del Seguro de Salud

El sistema se financia con aportes del trabajador en relación de dependencia del 3% sobre su salario bruto, mientras que el empleador contribuye con un 6% de la misma base. Además, los monotributistas participan del sistema aportando una suma fija.

El sistema de salud de los jubilados y pensionados se financia con una contribución patronal incluida en el valor unificado, con un aporte a cargo de los trabajadores en relación de dependencia del 3% de su salario bruto y también con un aporte a cargo de los trabajadores autónomos.

5. LRT

El Sistema de Riesgos del Trabajo se financia exclusivamente con una Contribución Patronal, que se determinará en dos componentes: Un valor fijo por trabajador, más 0,60

centavos que tienen como destino un fondo de hipoacusia, más un valor porcentual sobre la masa salarial, que actualmente incluye también, aunque es de dudosa legalidad, los conceptos no remunerativos periódicos. Solo quedan excluidos de la base de cálculo las indemnizaciones por extinción del vínculo laboral, y algunos conceptos convencionales que remiten a la idea de viáticos.

2.4. Conclusiones parciales

La Seguridad Social ampara bajo sus sistemas a las contingencias que les provocan un desequilibrio a las personas. Entre esas contingencias cubiertas deberían encontrarse las prestaciones económicas (tanto continuadoras de salarios como indemnizatorias) por accidentes y enfermedades sin relación con el trabajo, o también llamados, inculpables.

Se verifica que si bien la contingencia tiene todas las características para encuadrar dentro de un subsistema de la Seguridad Social, el legislador optó por su cobertura directamente a cargo del peculio del empleador.

Como dato adicional incongruente, las contingencias por accidentes y enfermedades profesionales, donde el empleador tiene cierta responsabilidad, o al menos la tiene el trabajo realizado, y además, el empresario puede disminuir su ocurrencia debido a las acciones de prevención posibles, se encuentran en un subsistema de Seguridad Social, y cubiertas por las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo, o por el empleador autoasegurado. Mientras que aquellas contingencias inculpables, donde el empleador no tiene acción alguna ni de prevención, ni de relación con la tarea realizada, esas, en lugar de estar

dentro de la Seguridad Social, se encuentran sin amparo en un sistema solidario, a cargo de la empresa.

Uno de los problemas fundamentales con relación al amparo de la contingencia falta de salud con motivos inculpables, es que está hoy absolutamente limitada a un contrato de trabajo. Si el vínculo se interrumpe durante la enfermedad o proceso de recuperación por un accidente inculpable, el trabajador, en realidad ya ex trabajador, se quedará inmediatamente sin cobertura alguna. Además, con relación a la cobertura en especie, si no tiene relación laboral activa, como máximo conservará su obra social por 3 (tres) meses más desde la extinción del vínculo (Art. 10 Ley 23.660).

A diferencia del caso detallado supra, si el accidente o enfermedad es profesional, no influye en el vínculo trabajador-ART, la extinción del contrato de trabajo, ya que la ART deberá continuar con las prestaciones hasta la completa recuperación del trabajador, o la determinación definitiva de incapacidad.

Los trabajadores autónomos, monotributistas entre ellos, se encuentran totalmente desamparados ante una enfermedad o accidente que les impida trabajar. En el caso de estas personas, la falta de cobertura es tanto para las contingencias que tienen relación con el trabajo, como las inculpables. Resta aún mucho camino por recorrer para que la Seguridad Social realmente ampare a las personas y no solo a los trabajadores, lo cual también hace parcialmente.

3. Cobertura de los Accidentes y Enfermedades Profesionales en el marco de la Seguridad Social.

3.1. Sistema de Riesgos del Trabajo. Introducción.

Si bien puede resultar absurdo o irracional, como ya mencionáramos, los accidentes y enfermedades inculpables encuentran su cobertura en el Derecho Individual del Trabajo, a cargo exclusivo del empleador, mientras que los accidentes y enfermedades relacionados al trabajo se encuentran amparados por un sub-sistema de Seguridad Social. Nos interesa analizar la forma de cobertura y su financiamiento, como alternativa para la cuestión central de análisis del presente trabajo.

La Ley de Riesgos del Trabajo, número 24.557, publicada en el Boletín Oficial el 04 de octubre de 1995, da inicio al sub sistema de Seguridad Social que rige hasta la actualidad, integrado por las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo (ART) como operador principal. Si bien la Ley 24.028 publicada el 17 de diciembre de 1991, ya esbozaba una estructura de aseguramiento para dar cobertura a las contingencias derivadas de accidentes y enfermedades profesionales, se consolida el mismo por su obligatoriedad, en el año 1995.

En algunos países, la cobertura se encuentra dentro de la Seguridad Social como un subsistema más, aunque sin independencia económica. No es el caso de nuestro país, que eligió un régimen con entidades independientes, e inclusive, con fin de lucro (Mosset Iturraspe J., 2002)

Los empleadores, tanto del ámbito privado como del ámbito público, se encuentran obligados a contratar una A.R.T. o a cumplir un procedimiento ante la Superintendencia de

Riesgos del Trabajo para auto-asegurarse (garantizando suficiencia para cubrir tanto las prestaciones dinerarias, como en especie).

La Ley 24.557 ha sido modificada en muchas oportunidades, también tildada de inconstitucionalidad por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en otras tantas, pero sigue vigente. La última gran reforma fue en 2017, a través de la Ley 27.348, con vigencia desde el 05 de marzo de 2017. Se reitera por parte de la autoridad el intento de mejorar las prestaciones, eliminando algunas de las falencias que desde 1995 tienen las diversas formas de cálculo de las prestaciones dinerarias. La modificación ha sido en varios aspectos, aunque el esencial está centrado en la actuación de las comisiones médicas.

3.2. Prestaciones en especie y dinerarias.

Recordemos brevemente las prestaciones dinerarias previstas en la L.R.T., para luego desarrollar cada una:

- Incapacidad Laboral Temporaria
- Incapacidad Laboral Permanente
 - o Parcial
 - Leve
 - Grave
 - o Total (que puede ser acompañada de la Gran Invalidez)
- Fallecimiento

La prestación por Incapacidad Laboral Temporal, conocida como I.L.T. es aquella que se considera continuadora de salarios. Se abona desde el día siguiente a la primera manifestación invalidante. Los primeros 10 días son a cargo del empleador y desde el día 11 en adelante los abonará la ART. Lo correcto desde el día 11 sería el pago directo por la ART en la cuenta bancaria del trabajador, pero normalmente las aseguradoras agregan cláusulas al contrato de adhesión modelo donde indican que abonará el empleador las sumas y luego solicitará el reintegro a la Aseguradora. El plazo para el reintegro, luego de presentada la documentación, es de 10 días.

El valor a abonar por ILT es el mismo que se paga ante un accidente o enfermedad inculpable, es decir que rige la normativa prevista en la Ley de Contrato de Trabajo, artículo 208. Lo que se debe adicionar es el valor del SAC, ya que la prestación es dineraria, pero no remunerativa. La I.L.T. tiene aportes y contribuciones a la Obra Social, a la Seguridad Social y a la ART, solamente. Esto es así porque la Ley lo determina, pero no es una prestación salarial, por lo que no lleva, por ejemplo, descuentos con destino al sindicato.

En el momento legal de abonar el SAC, no deberá considerarse el período en que el trabajador estuvo con I.L.T. y que por el mismo, ya percibió el SAC correspondiente.

La I.L.T. cesa por alta médica, determinación de la incapacidad como permanente, transcurso máximo de 2 años desde la primera manifestación invalidante o muerte.

El resto de las prestaciones dinerarias del sistema, son indemnizatorias, ante la determinación de una incapacidad. Para los cálculos, necesitaremos un concepto de la Ley, el Ingreso Base Mensual (IBM), definido en el artículo 12 de la Ley 24.557 (con la modificación del año 2017).

“Ingreso base. Establécese, respecto del cálculo del monto de las indemnizaciones por incapacidad laboral definitiva o muerte del trabajador, la aplicación del siguiente criterio:

1°. A los fines del cálculo del valor del ingreso base se considerará el promedio mensual de todos los salarios devengados —de conformidad con lo establecido por el artículo 1° del Convenio N° 95 de la OIT— por el trabajador durante el año anterior a la primera manifestación invalidante, o en el tiempo de prestación de servicio si fuera menor. Los salarios mensuales tomados a fin de establecer el promedio se actualizarán mes a mes aplicándose la variación del índice RIPTE (Remuneraciones Imponibles Promedio de los Trabajadores Estables).

Este valor se obtiene de sumar los sueldos de los 12 meses anteriores a la primera manifestación de la enfermedad, o día del accidente, todos actualizados por RIPTE al mes del accidente, y hacer un promedio simple de los mismos.

En caso de Incapacidad Laboral Permanente Parcial Leve, que es aquella incapacidad menor al 50% de la capacidad obrera, la fórmula, que veremos que se repite luego, es:

- Componente variable: $53 \times \text{IBM} \times \text{coeficiente de edad} \times \text{porcentaje de incapacidad}$
- El coeficiente de edad es $65 / \text{edad a la primera manifestación invalidante}$.

El resultado de esta fórmula tiene un valor mínimo que será 180.000 actualizado por RIPTE, por el porcentaje de incapacidad.

El RIPTE a aplicar variará según la fecha de la primera manifestación invalidante.

En caso de Incapacidad Laboral Permanente Parcial Grave, que es aquella en la que se determina una incapacidad definitiva de más del 50% pero que no alcanza el 66%, el trabajador damnificado cobrará:

- Componente fijo: \$80.000 por RIPTE (según la fecha de la primera manifestación invalidante)
- Componente variable: $53x \text{ IBM } x \text{ coeficiente de edad } x \text{ porcentaje de incapacidad}$
- El componente variable tiene como valor mínimo \$180.000 por RIPTE (según la fecha de la 1° MI) por porcentaje de Incapacidad.

Si la Incapacidad Laboral Permanente, fuese Total, que es cuando el trabajador ve afectado el 66% o más de la capacidad total obrera, estamos ante una incapacidad absoluta, y ya no podrá volver a prestar servicios en relación de dependencia. Si está en condiciones, accederá al retiro por invalidez. Y del sistema de Riesgos del Trabajo, percibirá:

- Componente fijo: \$100.000 por RIPTE (según la fecha de la primera manifestación invalidante)
- Componente variable: $53x \text{ IBM } x \text{ coeficiente de edad}$
- El componente variable tiene como valor mínimo \$180.000 por RIPTE (según la fecha de la 1° MI).

Solo en caso de Incapacidad Permanente Total, y cuando el trabajador necesite, para los actos elementales de su vida, la ayuda de un tercero, nos encontraremos ante una Gran Invalidez. Esta incapacidad se acompaña con un pago mensual de por vida, a cargo de la ART, que se actualiza según el índice de movilidad jubilatorio.

Cuando el trabajador fallezca como consecuencia del accidente o enfermedad profesional, sus derechohabientes o familiares percibirán del sistema de Riesgos del Trabajo:

- Componente fijo: \$120.000 por RIPTE (según la fecha de la primera manifestación invalidante)
- Componente variable: 53x IBM x coeficiente de edad
- El componente variable tiene como valor mínimo \$180.000 por RIPTE (según la fecha de la 1° MI).

En cuanto a las prestaciones en especie del sistema, la ART o empleador autoasegurado, deberá garantizar al trabajador afectado, según el artículo 20 de la Ley 24.557:

- a) Asistencia médica y farmacéutica:
- b) Prótesis y ortopedia:
- c) Rehabilitación;
- d) Recalificación profesional; y
- e) Servicio funerario.

Las prestaciones, tanto dinerarias como en especie, se brindarán aun cuando se extinga el contrato de trabajo, por cualquier causa.

3.3- Sujetos del Sistema

El ente rector del sistema es la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, dependiente de la Secretaría de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, en el ámbito del Ministerio de Producción y Trabajo. La Superintendencia tiene la facultad de dictar normas aclaratorias y reglamentarias, además de controlar el cumplimiento del resto de los integrantes del sistema con relación a sus obligaciones y administrar el Fondo de Garantía.

Las entidades en las que los empleadores deberán asegurarse se denominan ART, Aseguradoras de Riesgos del Trabajo, que son entidades de derecho privado con fines de lucro (uno de los problemas principales del sistema), que deben tener objeto único y para funcionar deben previamente ser autorizadas por la Superintendencia de Riesgos del Trabajo (SRT) y por la Superintendencia de Seguros de la Nación (SSN), ambos, organismos de control del Sistema (Toselli, Marionsini, 2013).

Las mismas funciones que una ART, cumplirá un empleador que logre ser autorizado como autoasegurado, por la SRT.

Los obligados al pago del seguro serán todos aquellos empleadores, del ámbito público o privado, que contraten trabajadores, aun por las relaciones no laborales. También el estado estará obligado a asegurar a los funcionarios públicos y a quienes cumplan carga pública, como por ejemplo, los presidentes de mesa, en las elecciones (art. 2 Ley 24.557, año 1995).

Quienes reciben las prestaciones del sistema, tanto dinerarias como en especie, son aquellos trabajadores que sufran una contingencia de salud debido a un accidente o enfermedad profesional, es decir, vinculada al trabajo. Se incluyen en la cobertura los accidentes que se producen “in itinere” (trayecto entre la casa y el trabajo).

3.4- Financiamiento del Sistema

El Sistema de Riesgos del Trabajo se financia exclusivamente con una contribución. El empleador debe abonar mensualmente, con destino a la ART, la alícuota pactada con la misma, sobre las remuneraciones mensuales. El valor a abonar dependerá de la negociación entre las partes. La discusión se centra hoy sobre si debemos calcular dicha alícuota sobre los valores que se consideran como No Remunerativos.

Veamos las normas en juego:

Art. 12 Ley 24.557, según modificación de la Ley 27.348

“A los fines del cálculo del valor del ingreso base se considerará el promedio mensual de todos los salarios devengados —de conformidad con lo establecido por el artículo 1° del Convenio N° 95 de la OIT— por el trabajador”

Mientras que la Resolución 298/2017, de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, reglamentando la Ley 27.348, dice:

“Artículo 43: Valor de Ingreso Base: No integrarán el cálculo del Valor del Ingreso Base, conforme lo establecido en el artículo 12 de la Ley N° 24.557, sustituido por el artículo 11 de la Ley Complementaria de la Ley sobre Riesgos del Trabajo, aquellas sumas que correspondan a los conceptos establecidos en el artículo 7° de la Ley N° 24.241 y los artículos 103 bis y 106 de la Ley N° 20.744, y todo otro concepto que no integre el salario aun cuando se liquide conjuntamente con él”.

Por último, el artículo 10 de la Ley 26.773 dice, en su último párrafo:

“La determinación de la base imponible se efectuará sobre el monto total de las remuneraciones y conceptos no remunerativos que declare mensualmente el empleador.”

Como una rápida conclusión, que seguramente merece más análisis y aceptamos que hay diversas posturas, todas con razonables fundamentos, nos parece adecuado que si el empleador abona la contribución sobre los conceptos no remunerativos, estos integren la base de cálculo del Ingreso Base, ya que de lo contrario se produciría un enriquecimiento indebido por parte de la ART, que percibiría su alícuota sobre un valor que no tiene relación con la suma cubierta por su seguro.

Existen previstos en el Sistema, los Fondos de Garantía y de Reserva. El fondo de garantía cubre las prestaciones en caso de insolvencia del empleador, por ejemplo, ante un trabajador sin registración. Mientras que el Fondo de Reserva, lo administra la SSN y brinda cobertura en caso de insolvencia de alguna ART.

3.5- Conclusiones parciales

No es nuestra intención analizar en detalle el Sistema de Riesgos del Trabajo, ya que abarcaría en sí mismo un trabajo de investigación completo. Pretendemos mostrar que existe una cobertura desde la Seguridad Social de los accidentes y enfermedades profesionales, para que, con una lógica similar, e incluso utilizando el sistema existente,

podamos dar cobertura también a los accidentes y enfermedades inculpables, con equivalentes características.

Uno de los grandes problemas prácticos hoy, ante una enfermedad, sobre todo, es que tanto las obras sociales como las ART evitan brindar cobertura. Esto se superaría con la propuesta final del presente, que unifica la cobertura de accidentes y enfermedades, profesionales e inculpables, en un solo régimen, evitando la desprotección del principal afectado: el trabajador que carece de salud y por ende, de la posibilidad de sustentarse por sus propios medios.

Capítulo 3: Metodología

Cuando se planteó cómo investigar la temática elegida, se estableció el Marco Metodológico. El análisis y estudio de la presente investigación es de tipo teórico normativo y valorativo. Se pretende demostrar, mediante el estudio de las normas vigentes, la afectación al derecho de propiedad, al derecho de defensa y al derecho de cobertura integral de la Seguridad Social que genera el amparo de los accidentes y enfermedades inculpables por parte del empleador, sujeto totalmente ajeno a la ocurrencia o no del hecho generador, con su consecuente imposibilidad para evitarlo.

Además, es nuestra intención demostrar la significancia económica, lo cual afecta especialmente a las micropymes y a las pequeñas empresas, pudiendo generar, inclusive, su cierre definitivo.

En nuestra doctrina, se encuentran críticas sustanciadas a la cobertura de los Accidentes y Enfermedades Inculpables desde el ámbito del Derecho Individual del Trabajo, pero no se sugieren los mecanismos para corregirlo, hay escaso desarrollo doctrinario sobre la temática.

El derecho comparado es nuestra principal fuente de inspiración, ya que el instituto, como es tratado en la Argentina, no tiene comparación con ningún otro país. Veremos tanto países latinoamericanos, como el tratamiento en España, los lineamientos de la OIT en sus Convenios y Recomendaciones y otras normas fundamentales del Derecho Internacional.

El tipo de estudio a utilizar fue inicialmente descriptivo, para sintetizar el tratamiento actual del Instituto bajo análisis y luego será exploratorio, con la intención de analizar el tratamiento en el Derecho Comparado, por no haber sido regulado en nuestro ordenamiento interno como lo establecemos en la hipótesis.

La metodología es inicialmente cualitativa, en el análisis del sistema vigente, y cualitativa/ cuantitativa con relación a la propuesta de cambio que surge de la investigación.

Con relación a las Fuentes, las principales son primarias, ya que se analiza la legislación de fondo vigente y la normativa de la temática en el Derecho Comparado y de los organismos Internacionales, como la OIT. Además, será objeto de estudio jurisprudencia concreta sobre la materia, sobre todo los fundamentos de los jueces, más que los resultados de sus sentencias.

Las fuentes secundarias son las doctrinas de reconocidos juristas argentinos, pero sobre el Instituto analizado en sí mismo, y no sobre la propuesta de modificación del presente trabajo.

Con respecto a las Técnicas de recolección de datos, comenzamos con un análisis documental de las fuentes primarias y secundarias, para determinar el estado actual de la materia y con respecto al derecho comparado, un análisis documental y de contenido, que servirá para fundamentar una propuesta final superadora.

El corpus de análisis en concreto es, en primer término, la legislación nacional vigente (también llamada legislación de fondo) de la temática, también la doctrina

específica y por último, el derecho comparado. La Ley que nutre el Instituto es la Ley de Contrato de Trabajo, (Ley 20.744) en los artículos 208 a 213. También se encuentra en el corpus de análisis la Ley Nacional de Obras Sociales, que da cobertura al Instituto desde la Seguridad Social pero sólo con relación a las prestaciones en especie, y la Ley de Riesgos del Trabajo, que cubre las mismas patologías, pero con su origen en el trabajo. En cuanto a doctrina, reconocidos juristas son nuestra fuente, como Julio Grisolia, Raúl Altamira Gigena, German Bidart Campos, Jean Michel Servais, Alain Supiot, etc. Respecto al Derecho Comparado, tanto España como Paraguay y Chile tienen su Derecho del Trabajo sistematizado en un Código del Trabajo, el cual estudiaremos con las leyes que lo complementan, mientras que Uruguay tiene un sistema disperso similar al nuestro, por lo que analizaremos específicamente la Ley que regula la cobertura del Seguro de Salud. También analizaremos artículos específicos de la Constitución Nacional, sobre el Derecho de Propiedad, el Derecho a la Seguridad Social y el Derecho de Defensa, con la referencia de los mismos en el Bloque de Constitucionalidad, para verificar la afectación de estos derechos en la normativa vigente. Por último, jurisprudencia sobre la materia.

Con respecto a la delimitación temporal, lo central es el estado actual de la cobertura de enfermedades y accidentes inculpables y su afectación a Derechos Constitucionales del Empleador, entrando también, pero solo a modo de comparación y no de análisis profundo en sí mismo, con la forma de cobertura de la misma contingencia, pero profesional (Sistema de LRT).

Capítulo 4: Análisis de Resultados

1. Afectación a derechos constitucionales del Empleador y del Trabajador con el Régimen actual.

1.1 Derecho a la Seguridad Social y su afectación

El cambio del Constitucionalismo Liberal al Constitucionalismo Social se basa en sumar a la libre iniciativa del individuo, la solidaridad. El objetivo es la equidad en el destino del hombre, del ser humano. El Estado mantiene su posición como subsidiario, pero se vuelve garante del bien común. El Estado ya no puede permanecer absorto e insensible ante los valores del Trabajo y de la Seguridad Social y su responsabilidad es indelegable (Sardegna P., 2007).

La Constitución Nacional (CN) en el artículo 14 bis, pretende proteger el trabajo en sus diversas formas, la reglamentación le dio prioritario resguardo a la relación de dependencia, sin prestar debida atención al trabajo, en general. El tercer párrafo del mencionado artículo nos introduce en la Seguridad Social.

La Carta Magna es clara con relación al Derecho que se pretende desarrollar: “el Estado otorgará los beneficios de la Seguridad Social”. No está previsto cargar a las

personas con su propia cobertura de contingencias sociales, ni a particulares, sean quienes sean éstos. Tampoco que dicha obligación pueda ser delegada por parte del Estado.

El tercer párrafo del artículo 14 bis no es una enumeración de los actuales sistemas de seguridad social desarrollados supra, sino es más bien una orden del constitucionalista de aquellas coberturas que el legislador deberá reglamentar, pero sin cambiar el sentido. Este artículo fue incorporado en el año 1957, es decir que es previo a la LCT del año 1974.

El fin de la Seguridad Social es de una manera asociativa, liberar al sujeto individual de las situaciones de desigualdad en que lo colocan las diversas contingencias que lo afectan. La temporalidad de la cobertura es desde antes incluso del nacimiento (gestación) y hasta después de su muerte asistiendo a los que sobreviven (Sardegna P., 2007).

La Seguridad Social actúa como un tercero garante de la vida humana, todo trabajador, cuando es registrado, más allá del vínculo que tiene con su empleador, se inscribe dentro de los lazos jurídicos de solidaridad nacional. Esta inclusión le permite al trabajador asegurar su vida más allá del contrato de trabajo, exceder ese límite contractual para encontrarse dentro de una sociedad que garantiza el amparo a su vida y sus contingencias, más allá de la continuidad del empleo (Supiot A., 2008).

Nótese que la intención de la Seguridad Social es justamente paliativa de la desigualdad y con el Régimen actual de Cobertura de Accidentes y Enfermedades inculpables, no se logra más que agudizar la diferencia. Cargar en el empleador, sobre todo en aquel que es un pequeño productor y que quizás tiene solo uno o dos

trabajadores, la cobertura de hasta un año de remuneraciones con sus cargas sociales y la posibilidad adicional de la extinción del vínculo con su consecuencia indemnizatoria, es contrario al artículo 14 bis, en una reglamentación irracional producida por el legislador. El Estado omitió su obligación de cobertura derivada de la propia CN, estableciéndola en cabeza de un particular que nada puede hacer para sostener la misma, en caso de problemas económicos.

La afectación de los derechos del trabajador, por el corrimiento de la Seguridad Social, se genera en la falta de seguridad de dicha cobertura, ante un tema tan delicado como el derecho a la salud. El Trabajador depende de la buena voluntad de un particular, en este caso concreto de su empleador, para que se sostenga el vínculo laboral durante todo el periplo de su falta de salud y le asegure las prestaciones dinerarias y también aquellas en especie. Además de solicitar al azar que no permita que esa empresa empleadora, sobre todo si es pequeña, cierre o termine con sus actividades por alguna crisis de las tantas que atraviesa nuestra economía, lo que le impediría al trabajador ejercer su derecho constitucional.

El empleador es afectado porque el Estado lo coloca en una situación de garante, sin verificar que la misma Carta Magna le impide delegar cualquier parte de la Seguridad Social, justamente por la naturaleza de las prestaciones que imposibilitan la finalidad del lucro en sí mismo y que requieren de una garantía estatal para su cumplimiento efectivo.

1.2 Derecho de Propiedad, de Defensa y su afectación

Cuando del Constitucionalismo Liberal se pasa al Constitucionalismo social, el nuevo paradigma indica que a los derechos, además de protegerlos, hay que promoverlos. No alcanza con una síntesis de derechos enumerados en las normas, el Estado, como partícipe activo, debe garantizar el goce de esos derechos. El estado no crea derechos en el nuevo constitucionalismo, solamente los reconoce. No es un regalo que el Estado le hace a las personas, a los habitantes, sino que es un reconocimiento en un período histórico determinado (Bidart Campos G. 2008).

Siguiendo a Bidart Campos (2008), podemos sintetizar en 3, los principios constitucionales:

- Principio “pro homine”: Es aquel que entiende que siempre debe estarse a la solución más favorable a la persona.
- Principio “pro actione”: Con intención garantista, brindar la vía que mejor favorezca a la tutela judicial efectiva.
- Principio del “favor debilis”: Ante derechos controvertidos, se debe tener en cuenta la mejor tutela para aquella parte más frágil de la relación.

El mismo autor consagra el Principio de Razonabilidad, por el cual indica que cuando una ley manda o prohíbe, nuestro arraigado sentido de justicia señala que además, debe ser justa esa manda, es decir, razonable con aquello que indica o prohíbe. Es el complemento necesario de la legalidad. Si una norma no es razonable, es arbitraria.

Lo que se verifica en la cobertura actual de los accidentes y enfermedades inculpables es que no cumple con el principio “pro homine”, ya que la solución que brinda la ley es la que más conviene al Estado, que se desliga del problema y lo coloca en

cabeza de los particulares, sin control, ni participación activa en la protección del sujeto afectado, el ser humano que sufre la contingencia.

Otro de los principios afectados es el “favor debilis”, ya que el trabajador afectado por un accidente o enfermedad inculpable, no tiene garantizada la cobertura de las prestaciones, sino que dependerá exclusivamente de la continuidad de su vínculo laboral.

Y con relación a la razonabilidad de la norma, es severo el cuestionamiento hacia el sistema actual. No tiene ningún sentido extraer una contingencia del ámbito de la Seguridad Social y asignarla a los sujetos empleadores. El sistema carece de las garantías necesarias para que quien se ve afectado con una imposibilidad de generar su sustento por sus propios medios, tenga la tranquilidad de que la sociedad estará allí, para contenerlo. Esto es así, porque no es la sociedad a través del Estado quien tiene la obligación legal de asistirlo, sino alguien que a través de su propia voluntad y posibilidad, decidirá si lo hace. La LCT es irrazonable al ubicar en el Derecho Individual un Instituto que siempre debió encontrar su contención en la Seguridad Social. Ya lo dice el artículo 28 de la Carta Magna, “los principios, garantías y derechos reconocidos en los artículos anteriores, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”.

En el plexo normativo Constitucional, ya desde la corriente liberal, se garantiza con intensidad la propiedad privada, otorgándole luego una función social. Este derecho se concreta con el derecho de propiedad sobre determinado bien o bienes. Hay, por lo menos, dos sujetos pasivos: El Estado, con la prohibición de violar la propiedad privada, y el resto de los particulares, que no pueden perturbar el uso y ejercicio del derecho. Se entiende que el derecho abarca todos los intereses apreciables que el sujeto posee, fuera de su persona. (Bidart Campos G., 2008).

El mismo autor mencionado supra, al desarrollar el derecho de propiedad establece que los créditos salariales tienen naturaleza alimentaria, y se relacionan tanto con el principio de retribución justa como con el derecho de propiedad.

La afectación que realiza el sistema vigente de cobertura de accidentes y enfermedades inculpables al derecho de propiedad, ataca tanto al empleador como al trabajador. Al empleador, porque no puede ser razonable, ni de ningún modo justo, que deba responder con su propio capital por una dolencia que no ha provocado, ni directa, ni indirectamente. Afectando adicionalmente el derecho de defensa, porque como no tiene incidencia alguna en la ocurrencia o no de la enfermedad o accidente, el empleador no puede arbitrar ningún medio para que no ocurra esa contingencia, y por ende, quedar a salvo de la importante erogación que puede significar la misma.

Con relación al trabajador afectado, reiteramos que no tendrá garantizada la continuación salarial, que dependerá exclusivamente de la vigencia del contrato de trabajo, incluso en caso de Contrato a Plazo Fijo (art. 90 LCT) o de Período de Prueba (art. 92 bis LCT) las prestaciones fenecen junto con el contrato, en el tiempo estipulado.

Es el Estado quien tiene la obligación de velar por el interés de los particulares, por eso la Seguridad Social es un derecho que se instaura bajo su órbita. Todo el andamiaje constitucional se estructura para proporcionar al hombre seguridad y garantía, y el legislador, a través de una incorrecta e injusta política legislativa, se aparta de las directivas que con claridad brindó el constituyente.

1.3- Conclusiones Parciales.

La fuente de cobertura del instituto bajo estudio es la LCT. Pero si revisamos las fuentes del Derecho del Trabajo, en el artículo 1 del mismo ordenamiento veremos que omite la CN. Esta omisión no implica de ninguna manera que la misma no sea una fuente, ya que lo es de todo el ordenamiento jurídico, es donde se asienta todo el ordenamiento positivo de nuestro país. Por esa razón, la afectación de derechos constitucionales hace prioritaria e imperiosa una modificación de los institutos que afecten tales derechos.

Es lógico preguntarse, luego de lo desarrollado, cual es el límite entre protección y desprotección, al ser humano afectado. Porqué pudo considerar el legislador de la LCT, que es protección si está a cargo del empleador, una cobertura que debería, por su origen y sus prestaciones, pertenecer a la Seguridad Social. Incorporarla en la bipolaridad que solo tiene el trabajo en relación de dependencia, además de excluir a sujetos que requerirán también las prestaciones, afecta el vínculo entre las partes.

Se pretende, con el desarrollo de los derechos y principios constitucionales, en primer término, fundamentar la afectación a los derechos de ese origen, tanto del trabajador, como del empleador. Es trabajador, porque no verá garantizado su derecho constitucional de acceso a la seguridad social y de propiedad. El empleador porque verá afectado su derecho de propiedad, al tener que cubrir contingencias en las que nada ha tenido que ver. Y por su ausencia total de responsabilidad, no puede, de ninguna manera, reducir y/o prevenir las contingencias que debe afrontar económicamente. Además, la falta de un trabajador, generará que deba reemplazarlo, lo cual será también a cargo de su exclusivo peculio.

En el nuevo paradigma al que nos dirigimos inexorablemente, no existe el Trabajador, así como no existe el empresario o empleador, lo que existe es la persona humana. Persona humana, como sustancia, en situación de trabajo o empleador, como circunstancia. La cobertura de la contingencia se debe otorgar a la persona humana, sin importar su circunstancia.

2. Cobertura de Accidentes y Enfermedades Inculpables en el Derecho Comparado

2.1- Cobertura de Accidentes y Enfermedades Inculpables según el Derecho Internacional del Trabajo

Como ya se mencionara, la Seguridad Social nace con la intención de cubrir lo que se denomina “Contingencias Sociales”, que son aquellos hechos, que pueden acontecer o no a lo largo de la vida, pero que de ocurrir, afectan seriamente la posibilidad de generar ingresos del sujeto o de valerse por sí mismo. Para ello, la sociedad toda, construye algún mecanismo solidario que distribuya el costo de la contingencia en un grupo social mayor, para que no se afecte particularmente a nadie y no quede sin cobertura la contingencia. La base del sistema es la Solidaridad, uno de los principios rectores de la materia.

Cuando los países, en general, definen a la Seguridad Social, incluyen dentro de sus prestaciones, aquellas derivadas de contingencias sociales por falta de salud, con un

origen ajeno al trabajo. Concretamente, el Convenio 102 de OIT de 1952, incluye como partes integrantes del Sistema de Seguridad Social a:

- 1- Asistencia Médica (Parte II del Convenio, artículos 7 a 12)
- 2- Prestaciones Monetarias de Enfermedad (Parte III del Convenio, artículos 13 a 18)
- 3- Prestaciones de Desempleo (Parte IV del Convenio, artículos 19 a 24)
- 4- Prestaciones de Vejez (Parte V del Convenio, artículos 25 a 30)
- 5- Prestaciones en caso de accidente del Trabajo y de Enfermedad Profesional (Parte VI del Convenio, artículos 31 a 38)
- 6- Prestaciones Familiares (Parte VII del Convenio, artículos 39 a 45)
- 7- Prestaciones de Maternidad (Parte VIII del Convenio, artículos 46 a 52)
- 8- Prestaciones de Invalidez (Parte IX del Convenio, artículos 53 a 58)
- 9- Prestaciones de Sobrevivientes (Parte X del Convenio, artículos 59 a 64)

Las prestaciones monetarias por enfermedad se consideran parte integrante de la Seguridad Social y que responden a una contingencia social definida como la incapacidad para el trabajo, resultante de un estado mórbido que implica la suspensión de la posibilidad de generar ganancias (Servais J., 2011).

Comparando con Argentina, que como ya se desarrolló, tiene 5 subsistemas de Seguridad Social, los puntos 1, y del 3 al 9, estarán incluidos en los subsistemas vigentes:

- Sistema Nacional del Seguro de Salud: Punto 1 de la enumeración anterior
- Fondo Nacional de Empleo: Punto 3 de la enumeración anterior
- Sistema Integral Previsional Argentino: Puntos 4, 8 y 9 de la enumeración anterior

- Sistema de Cobertura para Riesgos del Trabajo: Punto 5 de la enumeración anterior
- Régimen Nacional de Asignaciones Familiares: Puntos 6 y 7 de la enumeración anterior.

En nuestro país, solo las prestaciones monetarias de enfermedad, quedan fuera de la cobertura de la Seguridad Social y recaen directamente sobre los empleadores, para el caso de los trabajadores en relación de dependencia, mientras que los autónomos carecen de cobertura alguna al respecto, quedando absolutamente desprotegidos ante la falta de ingresos por dicha contingencia social. Igualmente, existe una importante corriente doctrinal que ya las considera prestaciones de la seguridad social, y que son beneficios que se deben extender a todas las personas, además de los trabajadores en relación de dependencia. Se entiende que son prestaciones de mantenimiento, que reemplazan al salario, ante la imposibilidad del individuo afectado. (Grisolía J., 2013)

2.2- Cobertura del Instituto en Uruguay

En el país vecino, la Cobertura de las Enfermedades y Accidentes tanto del trabajo, como ajenos al mismo, encuentra amparo por parte de la Seguridad Social en la ASSE (Administración de los Seguros Sociales por Enfermedad).

Se abonará al afectado un 70% de la remuneración. El plazo máximo de cobertura es 1 año, extensible por 1 año más en situaciones en las que se considere posible la recuperación.

La Ley 14.407 con vigencia desde 1975, es la que rige el sistema. Si al final de los plazos de cobertura paga, el afectado no puede ser dado de alta, cesa la relación laboral, en caso de ser un trabajador en relación de dependencia, sin obligación por parte del empleador de abonar indemnizaciones. Durante el período de falta de salud no se puede despedir al trabajador, es decir que goza de estabilidad absoluta.

El trabajador debe ser reincorporado al momento de obtener el alta médica y no se lo podrá despedir por 30 días desde ese momento. Si se lo despidiera, corresponderá el doble de la indemnización. No se indemniza al obrero que hubiera ingresado para reemplazar al enfermo, cuando este último es dado de alta y regresa.

Además de los trabajadores en relación de dependencia, la cobertura alcanza a los pequeños empresarios, es decir a aquellos que son monotributistas (figura que también existe en el país vecino) y tiene hasta 1 trabajador o hasta 3 en época de zafra, o el patrón unipersonal de comercio o industria que tiene hasta 5 trabajadores.

Los primeros 3 días de la enfermedad o accidente, no se abonan, salvo internación del afectado. Este sistema es el que también brinda la cobertura de prestaciones en especie (medicina, hospitalización, prótesis, etc). Durante el período correspondiente a las prestaciones, el empleador no abonará su contribución, mientras que el trabajador seguirá aportando su parte, que se le deduce de las prestaciones. El valor máximo mensual del subsidio es 3 veces el salario mínimo nacional.

El sistema se solventa por una contribución patronal del 5% de los salarios, y un aporte del trabajador del 3% de su salario.

2.3- Cobertura del Instituto en Paraguay

La Constitución Nacional de Paraguay establece, en su artículo 95 “*El sistema obligatorio e integral de seguridad social para el trabajador dependiente y su familia será establecido por ley, y se promoverá su extensión a todos los sectores de la población*”. Se le ha dado forma al mismo a través del Instituto de Previsión Social, creado en 1943. El Decreto Ley 1860/50 regirá la cobertura de los accidentes y enfermedades en general, maternidad, invalidez, vejez y muerte, y al respecto del tema que es de nuestro interés, nos indica:

- Son asegurados todos los trabajadores asalariados
- Las prestaciones se financiarán con un 5% de aporte personal de los trabajadores y con un 10% de contribución a cargo de los empleadores, ambos calculados sobre la retribución.
- En caso de enfermedad o accidente no profesional, se abonará al afectado un subsidio equivalente al 50% del promedio de los salarios de los últimos 4 meses, a partir del octavo día de incapacidad laborativa y por un máximo de 26 semanas.
- Mientras permanezca internado el afectado, cobrará la mitad de lo establecido como subsidio.
- Para cobrar el subsidio se requiere una cotización mínima de 36 días y que la patronal esté al día con el ingreso de los aportes y contribuciones. Sino, se le cobrarán las prestaciones brindadas.
- El valor máximo del subsidio es 5 veces el salario mínimo.

El Subsidio por reposo médico tiene además requisitos en cuanto al control de la existencia de la enfermedad, por parte de entidades de salud estatales.

Es interesante recordar que Paraguay no tiene gran dispersión de su normativa laboral, al igual que Chile (analizada a continuación), ya que cuenta con Código del Trabajo, donde expresamente remite a las normas relativas a la Seguridad Social.

2.4- Cobertura del Instituto en Chile

En el país hermano, existe también una cobertura por parte de la Seguridad Social, de las prestaciones dinerarias en caso de accidente o enfermedad ajeno al trabajo. La normativa que rige la temática es el Decreto Ley 44/78, exclusiva para los trabajadores en relación de dependencia, mientras que los independientes también tienen la cobertura, pero amparados en otra normativa.

El Subsidio que se abona a los trabajadores, además de la cobertura en especie, que también se encuentra dentro del sistema, se denomina Subsidio por Incapacidad Laboral. La financiación del subsidio es a cargo del trabajador, con un 7% de su remuneración imponible. Es importante destacar en este momento, que Chile tiene uno de los niveles más bajos de contribuciones patronales.

El sistema abona el subsidio desde el primer día, si la incapacidad supera los 11 días, mientras que solo abonará desde el cuarto día si la licencia total no supera los 11 días.

Se debe haber cotizado al sistema por lo menos 3 meses de los últimos 6 meses, para acceder al beneficio en caso de enfermedad incapacitante. Además, se debe contar con una afiliación a un sistema previsional por lo menos de 6 meses de antigüedad.

El subsidio será equivalente a la remuneración neta promedio de los últimos 3 meses (neta de cotizaciones). No se considerarán en la base de cálculo aquellas remuneraciones que no sean mensuales, que se seguirán percibiendo en el ámbito del contrato de trabajo. Si durante el período de subsidio, se ajustan los salarios de la actividad, el valor de la prestación también se ajustará en la misma proporción.

La normativa no establece un período máximo de percepción del subsidio.

2.5- Cobertura del Instituto en España

Los Españoles, tienen el Derecho de acceso a las Prestaciones de la Seguridad Social garantizado en el artículo 41 de su Constitución Nacional.

En cuanto a los trabajadores por cuenta ajena, encuentran las prestaciones económicas en caso de accidente o enfermedad ajeno al trabajo, cubiertos por este derecho. La ley que así lo indica es el Decreto Real Legislativo 8/2015, en su artículo 42.

El trabajador percibirá una suma dineraria de la Seguridad Social por el período que dure su baja médica, y como máximo por 545 días. Se abona desde el cuarto día de baja, y hasta el día quince están a cargo del empleador. Para tener derecho a la cobertura, en caso de enfermedad (no para accidentes) deben haber cotizado al menos 6 meses en

los últimos 5 años. Para el caso de accidentes, la cobertura no requiere cotización mínima.

El valor a percibir surgirá de un 60% de una base reguladora (que es el salario percibido por el trabajador en el último período trabajado) desde el cuarto día y hasta el día 20. A partir del día 21 percibirá un 75% de la base reguladora.

La cotización general al sistema de Seguridad Social es de 28,30% del salario, correspondiendo un 23,60% a la Contribución Patronal, mientras que el Trabajador aporta un 4,7%. Esto incluye la cobertura por accidentes y enfermedades inculpables, y el resto de los Subsistemas de la Seguridad Social.

2.6- Conclusiones parciales

Como podemos observar en los distintos regímenes de cobertura para las prestaciones económicas derivadas de accidentes y enfermedades ajenas al trabajo o inculpables, en ninguno de los países analizados, ni aún la OIT, lo incluyen dentro del Derecho Individual del Trabajo, como se encuentra regulado en la Argentina.

El valor económico de las prestaciones, en nuestro país, está a cargo de los empleadores, y es una suma remunerativa (sin contraprestación laboral, lo que de por sí es un contradicho), por lo que lleva todos los aportes y contribuciones tanto a la Seguridad Social, como los sindicales.

El costo de asumir enfermedades prolongadas, sobre todo en empresas pequeñas, excede ampliamente las posibilidades de previsión que puedan tener los empresarios, y en muchos casos, deriva en el cierre de las mismas, con la consecuente pérdida de fuente de trabajo para varias personas. Además, el empleador ninguna injerencia tiene en el cuidado general de la salud de su trabajador fuera de la empresa, lo que concluye en una imposibilidad absoluta de reducir cualquier tipo de riesgo a pesar de tener que soportar la totalidad de las consecuencias económicas. Por si fuera poco, no olvidemos que en Argentina, no existe cobertura de estas contingencias para los trabajadores autónomos. El empresario, si se enferma, deberá seguir prestando servicios igualmente, o someterse a una pérdida de la capacidad económica que puede derivar en diversas deudas con el sistema, que terminen en una ejecución fiscal.

Todos los países que analizamos coinciden en:

- Cobertura de la contingencia a cargo de la Seguridad Social.
- Prestaciones sin carácter salarial, ya que no hay contraprestación laboral.
- Se mantienen los aportes a la Seguridad Social para el resto de los derechos derivados de la misma.
- El empleador no tiene más costo que la contribución que realiza al sistema según la normativa (excepto en Chile que no contribuye).

A pesar de no estar ni siquiera en una agenda hipotética de los legisladores, se considera urgente la necesidad de una reforma del sistema vigente, que se adecúe a la normativa internacional, colocando la cobertura de la contingencia analizada en el ámbito correcto. De ninguna manera se considera que las enfermedades o accidentes inculpables no deben tener cobertura, la propuesta es que se integren a un sistema que distribuya su

costo entre todos los hoy afectados, haciendo posible y previsible para las empresas, sobre todo para las pequeñas, la cobertura de las mismas.

Capítulo 5: Conclusiones.

Conclusiones y propuesta

1.1 Análisis de la legislación vigente.

Mientras se formaban las primeras armas para afrontar el presente estudio, se analizó en detalle la legislación vigente. La misma se afrontó desde 3 (tres) institutos, por una parte la cobertura actual de los accidentes y enfermedades inculpables en el ámbito del Derecho Individual del Trabajo, por otra, el Derecho de la Seguridad Social y por último, a modo de ejemplo, dentro de la Seguridad Social se analizaron las bases del Sistema de Riesgos del Trabajo, que cubre la misma contingencia que es objeto del presente, pero con origen en el trabajo.

Desde sus orígenes, el Instituto de Accidentes y Enfermedades Inculpables, tuvo anclaje en el Derecho Individual. Es el empleador, sin importar su tamaño o solvencia, quien debe afrontar las cargas económicas continuadoras de salarios en caso de que se produzca la contingencia que incapacite al trabajador a prestar servicios temporariamente. En cambio, las prestaciones en especie, se instalan dentro de la Seguridad Social con cobertura por parte de las Obras Sociales.

A continuación analizamos la Seguridad Social en sí misma, para desmenuzar si el instituto que estudiamos correspondía a su ámbito de aplicación. Corroboramos que el

objetivo primordial de la Seguridad Social es dar cobertura, sin discriminación, a las contingencias sociales que le provocan a los individuos un desequilibrio en su economía. Tanto por los principios estudiados de la Seguridad Social como por la estructura de los sub sistemas que actualmente tiene, no podemos dejar de visualizar que la ubicación del Instituto bajo análisis del presente trabajo, corresponde directa e indudablemente a su ámbito de aplicación.

La Seguridad Social es la estructura adecuada para la correcta y completa protección del sujeto afectado por la dolencia, y más aún, si se ubica en su ámbito, puede abarcar a sujetos más allá de las fronteras del derecho del trabajo, llegando a los autónomos, que hoy son individuos desprotegidos.

La cobertura desde éste ámbito implicaría que el sujeto afectado no dependerá de la relación laboral para obtener cobertura ante su incapacidad transitoria de generar ingresos. Es importante destacar que el empleador puede desvincular al trabajador, no solo por voluntad propia, es decir, sin causa, también puede darse la extinción del vínculo por cierre de la empresa, lo que generará que quien no tiene forma de salir a buscar otro trabajo, por estar afectado con una contingencia de falta de salud inculpable, se quede sin ingresos y sin posibilidad alguna de reemplazarlos. Y ante la extinción del contrato laboral, sin importar el motivo, el trabajador conservará las prestaciones en especie por 3 (tres) meses, quedando luego fuera del sistema de cobertura de las obras sociales.

Para imaginar si es posible la cobertura desde la Seguridad Social, se estudió el Sistema de Riesgos del Trabajo, que brinda prestaciones en especie y dinerarias (continuadoras de salarios e indemnizatorias) por la misma contingencia, pero con origen laboral exclusivamente.

La conclusión a la que se arribó es bastante obvia, si se puede cubrir la misma contingencia, pero con origen laboral, desde la Seguridad Social, no hay dudas que puede hacerse lo mismo con las dolencias inculpables.

El esquema de prestaciones de la LRT es similar al deseado para las dolencias ajenas al trabajo. Los salarios continuatorios de la LRT se determinan según el artículo 208, justamente el que hoy rige el Instituto objeto de este estudio.

1.2 Afectación Constitucional.

Se desmenuzó la intención del constituyente, sobre todo el del año 1957, que incorporó al texto de nuestra Carta Magna, el derecho a la Seguridad Social, de neto corte social.

En un estudio pormenorizado, detallamos las afectaciones que se producen tanto al derecho de acceso a la Seguridad Social, como la afectación del derecho de propiedad y de defensa. En todos los casos, los afectados no son sólo los trabajadores (sujetos de preferente tutela) sino además, las empresas que deben solventar una contingencia que por su naturaleza, la constitución misma ubica en el Estado, es decir, en la Seguridad Social.

La LCT afecta la protección del trabajo en sus diversas formas, incluso afecta la protección del mismísimo trabajador, al ubicar en la esfera del Derecho Individual la cobertura objeto de estudio. No es un permiso del constituyente darle a la legislación el

contenido que los miembros del congreso deseen. Los derechos constitucionales deben ser reglamentados en la línea de pensamiento que tuvo como intención el constituyente. Además, el armonía con el resto del sistema legislativo, lo cual no ocurre, porque se ha desnaturalizado la prestación por extraerla de su ámbito natural.

Ningún afectado por una contingencia debe depender de la voluntad o la capacidad de un particular. Para que se entienda, veamos un ejemplo claro, con otro subsistema. Si el legislador hubiera optado por financiar con el peculio del empleador, también las prestaciones en especie del sistema de salud, y el trabajador requiriera una prótesis, no podría ser la suerte del trabajador (de estar en una empresa grande y solvente o en una pequeña y frágil) la que definiera el tipo de prótesis a la que tendrá derecho. Si la cobertura es desde la Seguridad Social, se garantiza el acceso igualitario, independiente de cualquier voluntad o suerte en particular.

1.3 Derecho Internacional y Comparado.

Para validar nuestra tesis, recurrimos al Derecho Internacional, analizando el Convenio de OIT (102) que da contenido a la Seguridad Social. Se pudo verificar que la contingencia bajo estudio, está incluida por la OIT en el ámbito de éste Derecho. Justamente para brindar una cobertura igualitaria y solventada por la sociedad en su conjunto.

En el derecho comparado, se estudió el Régimen interno de países de similar idiosincrasia, como son Paraguay, Uruguay, Chile y España, y en todos ellos, más allá de

diferencias mínimas, el instituto se encuentra dentro de la Seguridad Social. En algunos casos, también se brinda contención a los trabajadores autónomos.

1.4 Sugerencias de modificación.

Como una propuesta superadora, se propone el análisis profundo del tema, para unificar el sistema del Seguro Nacional de Salud con el Sistema de Riesgos del Trabajo, generando que las Obras Sociales y las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo brinden tanto las prestaciones en especie como las dinerarias por ambas contingencias (las relacionadas con el trabajo, y las ajenas al mismo), que evite la distinción actual sobre si la dolencia tiene relación con el trabajo o no, que perjudica exclusivamente al afectado que permanece sin cobertura mientras los organismos de la seguridad social intervinientes se excusan de atenderlo.

Sólo para las indemnizaciones sugerimos se mantenga la distinción del origen de la dolencia, respetando los valores vigentes en la actualidad para el sistema de Riesgos del Trabajo, y los establecidos en la LCT para las dolencias inculpables, pero con cobertura dentro del nuevo régimen, ambos.

Por supuesto que hay que adicionar una contribución y ésta deberá ser a cargo del empleador, que suplirá el riesgo actual de cubrir económicamente la contingencia ya que pasaría a la órbita de la seguridad social. Se estima además, que ni siquiera sería muy oneroso el costo de adaptación al sistema, ya que las ART no deberían modificar en nada

su estructura, siendo las obras sociales las encargadas de ajustarse a la nueva realidad ampliando su horizonte, sumando calidad y completitud a sus prestaciones.

Esta propuesta tiene la intención de ayudar a pensar la cobertura integral desde otro lugar, que a la vez sea más amplio en su base de sujetos beneficiados, y más segura para la persona humana afectada.

1.5 Conclusión final.

En primer lugar, concluimos que el Sistema vigente de cobertura de accidentes y enfermedades inculpables es inconstitucional, por afectar derechos como el de acceso y cobertura de la Seguridad Social, el derecho de propiedad y el derecho de defensa. Consideramos además, que es necesario que la cobertura integral del Instituto se brinde desde un subsistema de la Seguridad Social, que garantice las prestaciones ante la ocurrencia de la contingencia, sin depender de voluntarismos individuales.

El análisis del presente estudio, junto con la propuesta final, implican un planteo de Estado a mediano y largo plazo. Cuando se piensa el derecho exclusivamente desde lo individual, desde el beneficiado y/o el perdedor o ganador, no se alcanza a ver el bosque. En la concepción individualista, se pierde el proyecto conjunto, que es aquel que les sirve a todos un poco, que a todos les suma beneficios. Como sociedad, tener una idea clara de a dónde se pretende ir, en cada rama del derecho y como colectivo humano, ayuda a diseñar instituciones que amparen esas intenciones y les den fortaleza jurídica.

El constituyente tuvo la lucidez de diseñar ese camino pretendido como sociedad, pero el legislador deformó con la redacción de las leyes, las intenciones originales. La Ley debe ser matizada con sentido común, para ser no solamente justa, sino aceptada y cumplida sin mayor esfuerzo social. El régimen actual de cobertura de accidentes y enfermedades inculpables carece de sentido común, afectando seriamente los derechos de todos los involucrados, aún el de aquellos que se pretende proteger, como son los trabajadores en relación de dependencia.

Cualquier normativa que esté politizada o cargada de ideología, tiene cierto sesgo que la vuelve de difícil cumplimiento. La ideología se respira, no se piensa. Se requiere claridad en los valores constitucionales y sobre los principios de la Seguridad Social para poder adaptar la norma bajo estudio a un sistema que responda a parámetros sociales aceptables. Brindar una cobertura desde la Seguridad Social garantiza que se cumplan los derechos de todos los involucrados.

El tiempo de cambio ha llegado, la bipolaridad patrón/ trabajador, empieza a morir. En los años venideros, las formas del trabajo se desarrollarán más en el ámbito independiente, que en el dependiente. Las nuevas generaciones tienen otra mirada sobre el trabajo, y las tecnologías colaborarán para que se desdibuje la relación de dependencia tradicional. Eso requiere que la Seguridad Social sea quien dé cobertura esencial a los problemas humanos de contingencias, ya que de lo contrario, cada vez más personas humanas quedarán fuera del amparo constitucional.

Bibliografía

Doctrina:

Altamira Gigena R., Bonetto N., Piña M. (2007). *Derecho Individual del Trabajo*. Buenos Aires. La Ley.

Altamira Gigena R. (director) (2010). *Ley de Contrato de Trabajo comentada y concordada. Tomo I*. Buenos Aires. Errepar.

Bidart Campos, G. (2008). *Compendio de Derecho Constitucional*. (1° Edición 2° reimpresión). Buenos Aires. Editorial Ediar

Grisolía J., Ahuad E. (2007). *Ley de Contrato de Trabajo Comentada*. Buenos Aires. Editorial Estudio.

Grisolía, J. (2008), *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Tomo I, II, IV y VI* . Buenos Aires. Abeledo Perrot.

Morresi J. Dir. (2015), *Manual de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*. Bahía Blanca. Editorial de la Universidad Nacional del Sur.

Mosset Iturraspe, J. (2002), *El Valor de la Vida Humana*, Santa Fé, Rubinzal Culzoni Editores.

Sardegna, P. (2007), *Artículo 14 bis. Constitución Nacional*. Buenos Aires, Editorial La Ley.

Servais J. (2011). *Derecho Internacional del Trabajo*. Buenos Aires. Editorial Heliasta

Supiot, A. (2008), *Derecho del Trabajo*. Buenos Aires, Editorial Heliasta.

Toselli C., Marionsini M. (2013), *Régimen Integral de Reparación de los Infortunios del Trabajo*. (1° edición). Cordoba. Alveroni Ediciones.

Legislación:

Constitución de la Nación Argentina.

Declaración Universal de los Derechos Humanos (Bloque de Constitucionalidad)

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. (Bloque de Constitucionalidad)

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, Aprobada por Ley Nacional Argentina 23.313

Ley 20.744 del 27 de septiembre de 1974. Ley de Contrato de Trabajo de Argentina (LCT)

Ley 23.660 del 20 de enero de 1989. Régimen Nacional de Obras Sociales de Argentina

Ley 24.557 del 04 de octubre de 1995. Ley de Riesgos del Trabajo de Argentina y sus modificatorias.

Código del Trabajo de Chile consultado en http://www.dt.gob.cl/portal/1626/articles-95516_recurso_1.pdf el 05/07/2018

Decreto con fuerza de Ley 44/78. Normas comunes para los subsidios por incapacidad laboral de los trabajadores dependientes del sector privado. Chile. Consultado en http://www.achs.cl/portal/trabajadores/Documents/DFL44_78.pdf el 05/07/2018

Código del Trabajo de Paraguay. Ley 213. Consultado en <http://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/WEBTEXT/35443/64905/S93PRY01.htm> el 05/07/2018

Decreto Ley 1860/50 de Paraguay, consultado el 09/09/2018 en https://oig.cepal.org/sites/default/files/1950_ley1860_pry.pdf

Ley 14407. Administración de los Seguros Sociales por Enfermedad. Uruguay. Consultada en <http://www.oiss.org/estrategia/Decreto-Ley-No-14-407.html> el 05/07/2018

Código del Trabajo de España. Consultado en <https://www.boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=93&modo=1¬a=0&tab=2> el 05/07/2018.

Decreto Real 8/2015, consultado el 09/09/2018 en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11724>

Convenio 102 OIT, consultado el 09/09/2018 en https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312247

Jurisprudencia:

Cámara del Trabajo. Sala Única de Villa María. Voto unipersonal a cargo del vocal Marcelo Salomón. Autos: “*GUARDIA NÉLIDA BIBIANA C/TRECCO SILVIA CRISTINA- ORDINARIO- OTROS*” Expte. N° 1457331. (23/11/2017).

TSJ de Córdoba. Sala Laboral “*PERALTA ISABEL CRISTINA C/ INTEGRAL COM SRL - ORDINARIO - DESPIDO – RECURSO DIRECTO*” Expte n° 92889/37 (2012).