

LA PRIVACIÓN DE RESARCIMIENTO DE UN DAÑO PERMANENTE A LA SALUD RECONOCIDO POR EL DEUDOR: UNA INCONSTITUCIONALIDAD EVIDENTE DE LA LEY 26.773

por JOSÉ DANIEL MACHADO

SUMARIO: 1. Conclusión. 2. Sobre la opción “en sí”. La información veraz y oportuna como condición de validez de la renuncia al resarcimiento integral. 3. La posible inconstitucionalidad de la tarifa sistémica. 4. Sobre la nueva reparación sistémica, ¿qué dirá la Corte Suprema? De “Aquino” a “Rodríguez Pereyra”. 5. Opción y renuncia. ¿Y si la víctima pierde el juicio “civil” contra el empleador? 6. La renuncia de la víctima y la posición del empleador. ¿Qué pasa si la ART subestima el daño? 7. Otra hipótesis: ¿Qué ocurre si la ART ofrece nada? ¿Subsiste el cúmulo? 8. La irrazonabilidad del dispositivo. La inexistencia de la mal llamada “doble vía”. 9. Cuestiones procesales vinculadas a la inconstitucionalidad de la renuncia a las prestaciones del sistema.

1. Conclusión

Preveo que más adelante me extraviaré en el laberinto de perplejidades que propone el objeto de estudio, arrastrando al lector con el cordel de mis propias confusiones. Por eso es que decido empezar por el final, consignando quizás la única conclusión que provisoriamente tengo en claro y que, con modesta esperanza, me gustaría que se retenga como aporte al debate. Aquí va:

A esta altura del desarrollo de la doctrina de autores y fallos relativa a los derechos fundamentales, no puede conjeturarse siquiera que resulte constitucionalmente admisible que la víctima de un daño permanente a la salud venga a quedar privada de toda reparación.

Es caso obvio que, si a criterio sostenido de la Corte Suprema la versión original de la ley 24.557 no superó el test de congruencia constitucional en razón de negar al trabajador la *posibilidad de acceso a una reparación integral*, mucho menos puede juzgarse consistente un sistema que produzca el resultado objetivo de dejar a la víctima sin resarcimiento alguno, *siquiera el tarifado*. Máxime si ese resultado –al que se arribaría si el trabajador opta por la llamada “vía civil” y pierde el pleito– supone renunciar a un derecho que otro responsable distinto, la ART, le ha reconocido antes expresamente.

Recordemos que el trabajador sólo puede optar entre una u otra alternativa en la ocasión indicada por el artículo 4º de la ley 26.773, esto es, cuando le notifican que ha sido *liquidada y puesta a disposición* una suma imputada a indemnización por incapacidad permanente conforme al sistema de la LRT. Este acto de la ART supone fuera de toda duda un *reconocimiento de derecho* en el pleno sentido del artículo 718 del Código Civil y, como sabemos sobradamente, tanto en materia laboral como de la seguridad social, tratándose de derechos ciertos, si ya resulta harto discutida la posibilidad de transarlos, deviene francamente inadmisibles que se los pueda *renunciar*.

Por supuesto, siempre está a mano la refutación simplista: se trataría, la ley 26.773, de una norma especial y posterior que deroga unas normas generales y anteriores (los arts. 11 de la LRT y 12 de la LCT). Pero este razonamiento soslaya que *la irrenunciabilidad es un principio* –tanto en el plano laboral como de la seguridad social– cuya vigencia no depende de su recepción expresa por disposición alguna, ya que en tanto indisoluble y entrañablemente ligada al principio protectorio –el que resulta impensable sin la técnica que garantiza la efectiva vigencia de los beneficios de orden público– es, más allá de esa calidad instrumental, conceptualmente anterior y jerárquicamente superior a cualquier norma ordinaria.

Repárese además en la estridente consecuencia de aquella interpretación “científica”. Si se entiende que el recientemente vigorizado artículo 12 de la LCT está vigente para todos los derechos laborales, cualquiera sea su fuente, menos para el de ser resarcido por los daños permanentes a la salud que en cambio “se rigen por la ley especial”, resultaría que el trabajador no puede renunciar bajo ninguna circuns-

tancia al beneficio contractual del café con leche, pero sí puede hacerlo sin cortapisas a la indemnización de la pérdida definitiva de su capacidad de ingresos mediante el trabajo.

Anticipando entonces la conclusión de este trabajo, entiendo que resultan pasibles de tacha de inconstitucionalidad los artículos 4º y 6º (párrafo tercero) de la ley 26.773 en tanto resulte de los mismos que el trabajador, vencido total o parcialmente en el juicio “civil” que promovió contra su empleador (y/o contra su ART), pierda el derecho a percibir la reparación sistémico-tarifada a cargo de la ART, anteriormente reconocida por ésta.

De hecho, cuando tuve oportunidad de opinar sobre la cuestión, y dejando a salvo mi postura contraria a la implementación de cualquier modalidad de “opción”¹ sugerí que, si ésta era una decisión políticamente irreversible, se implementara de modo tal que *no recayera* sobre el segmento del resarcimiento previsto para compensar el daño patrimonial (incapacidad de ganancia futura). Es decir que, en todo caso, la víctima eligiera entre cobrar el 20% que el nuevo sistema imputa a “otros daños” o hacer valer contra el empleador la mayor pretensión que entendiera que le correspondía conforme al Derecho común.

Intentaré ahora, ya ante “el derecho consumado”, fundamentar la conclusión que dejo anticipada.

2. Sobre la opción “en sí”. La información veraz y oportuna como condición de validez de la renuncia al resarcimiento integral

Que un sujeto de derecho tenga disponible, además del sistema de reparación que con carácter general confiere a cualquier persona el Derecho común, la posibilidad de optar por un sistema indemnizatorio especial que le otorga ciertas ventajas (certeza de solvencia, celeridad de cobro) a cambio de ciertas resignaciones (resarcimiento tarifado, no integral), máxime si estas últimas, las resignaciones, lo son respecto

¹ Postura que expuse ya en el año 2005, cuando comentando las implicancias del fallo “Castillo” escribí en esta Revista que devenía imprescindible una reforma legal “la cual, espero, no suponga un retorno de la fatídica opción”.

de *expectativas potenciales* que deberán verificarse en juicio, parece antes bien un beneficio adicional que una carga constitucionalmente lesiva.

A veces, además, en la lógica premura por “ir a los números” y cotejar los beneficios esperados de uno u otro sistema, olvidamos que el sentido profundo del régimen especial, tal como se tuvo en claro ya desde la ley 9688 de 1915², consiste en *ensanchar la base de hipótesis de daños laborales resarcibles* mediante la técnica de *ampliar y simplificar sus presupuestos de acceso* y, sobre todo, *reducir las eximentes de responsabilidad* en comparación con las normas de Derecho común. Es decir, cuando cotejamos y decidimos entre ambos sistemas no se trata sólo de calcular resultados indemnizatorios o tiempos que insumirá cobrarlos, sin tener antes en claro que en tal decisión puede estar en juego acceder o no a la reparación según las circunstancias de cada caso³.

De allí que cuando el trabajador *opta* o elige permanecer en el sistema especial que tiene a la ART como responsable de la reparación, cabe suponer que él y su abogado han ponderado suficientemente esas ventajas y desventajas.

Por supuesto, esa ponderación requiere como condición inexcusable de validez *que el interesado cuente con información suficiente y veraz* acerca de las alternativas disponibles. De allí que, aunque el texto de

² En realidad, desde la sanción de las leyes especiales en Francia, Bélgica y Suiza, a fines del siglo XIX. Explicaba Adrien Sachet, comentando estas normas, que su necesidad social respondía a la necesidad de prescindir de los factores de atribución subjetivos, tanto desde la perspectiva del autor (empleador) como de la víctima (trabajador), ya que estadísticamente estaba comprobado que en la abrumadora mayoría de los eventos (85%) intervenía en mayor o menor medida la negligencia del dependiente, al par que era normalmente difícil, sino imposible, acreditar la culpa personal del patrono.

³ En el estado actual de la cuestión, las principales *diferencias* radican en el rol que el hecho del tercero, la culpa de la propia víctima o la fuerza mayor juegan en uno u otro régimen. Pongo énfasis en el aspecto de las exclusiones o eximentes de responsabilidad, ya que en realidad los presupuestos de responsabilidad sistémica vinculados a *la ocasión laboral* y al *itinerare*, bien mirados, son hipótesis en que los riesgos de daños no causados por el empleador –ni por “el trabajo”– sino que corresponden causalmente a otra autoría, y sin embargo son imputados a éste o, en rigor, a la ART que le sustituye como responsable de las prestaciones.

la ley no los mencione expresamente, entiendo que *el patrocinio letrado* y el *control estatal* a cargo de autoridad competente son requisitos insoslayables a los que debe sujetarse extrínsecamente la expresión válida de su voluntad de optar por la reparación tarifada, puesto que es de irrefutable lógica que si la ley los impone para actos *de abdicación parcial de pretensiones económicas vinculadas a circunstancias de inferior trascendencia para el trabajador* (art. 15, LCT), no los reclame en cambio a propósito de un abandono irreversible y tocante a la reparación de su bien máspreciado: la integridad psicofísica.

En síntesis, de prosperar la versión reglamentaria que conocemos al escribir esta colaboración, según la cual sería la propia ART quien hace saber a la víctima sus derechos alternativos a demandar conforme a las normas que reglan la reparación integral, lo cual deberá incluirse en el mismo formulario en que se le notifica que *tiene depositada a su orden la suma imputada a la prestación sistémica* –la cual, con suerte, hará leer a su compañera mientras se ajusta el cinturón para salir corriendo al banco– no parece ajustarse a los recaudos mínimos de protección de sus derechos en cuanto a la voluntariedad en el ejercicio de la opción/renuncia.

3. La posible inconstitucionalidad de la tarifa sistémica

Ahora bien, no obstante que la reforma parece implementar un *take it o leave it* según el cual la víctima no tiene más opción que “tomar o dejar” el ofrecimiento hecho por la ART –con o sin intervención previa de una Comisión Médica– en realidad no está privada de proponer la revisión judicial de esa estimación del daño. En tal caso, por efecto del artículo 4º, ya habrá optado por permanecer en el sistema, *pero eso no significa renunciar a discutir dentro del mismo* (es decir, contra la ART) *la suficiencia o insuficiencia de la prestación acordada*.

Este escenario contempla dos posibilidades: a) que entienda que el daño ha sido subestimado o subcalculado, por incorrecta aplicación del baremo o de las fórmulas o factores de ponderación; b) que entienda que, no obstante haberse realizado la estimación de la prestación “al pie de la letra”, esa letra resulta inconstitucional por no satisfacer los

requerimientos de una reparación satisfactoria conforme fueran definidos por la Corte en los precedentes “Ascuá” y “Lucca de Hoz” que se analizan más abajo⁴.

Decía más arriba “con o sin intervención de la Comisión Médica” puesto que, tras el fallo dictado en abril de 2012 por la CSJN en la causa “Obregón c/Liberty”, ha quedado ya fuera de toda duda que el tránsito por las mismas, a modo de *imposición* que dilata el acceso a la jurisdicción judicial, es inconstitucional. De manera que ante el dictamen de la propia ART estimando la incapacidad y calculando las prestaciones, la víctima *puede* solicitar la intervención de la Comisión Médica o plantear directamente la acción judicial instando la revisión de aquéllas. *La diferencia es que en el primer caso no implica opción y en el segundo sí se entenderá que renuncia a la reparación integral* (art. 4º, párrafo tercero, en cuanto la deriva tácitamente del inicio de acciones *judiciales* en uno u otro sistema).

Según la misma norma, también implica *opción en favor del sistema* (y correlativa renuncia a la integralidad) si la víctima *acepta percibir a cuenta la prestación inicialmente ofrecida por la ART*. En este caso, aunque luego plantee su desconformidad ante la Comisión Médica, ya habrá optado y no podrá luego plantear la acción civil. Esta solución, que me limito a describir conforme al texto de la reforma, no se hace cargo de la doctrina de la CSJN en la causa “Llosco c/Irmi SA” y podría ser tachada de inconstitucional, en la medida en que prescinde del contexto existencial de necesidad en que el trabajador acepta recibir dicho pago a cuenta.

Obviamente, en la medida en que tales cuestionamientos no suponen renunciar a las prestaciones sistémicas, la competencia para entender en los mismos es laboral.

4. Sobre la nueva reparación sistémica, ¿qué dirá la Corte Suprema? De “Aquino” a “Rodríguez Pereyra”

Del párrafo cuarto de los considerandos del Mensaje del Poder Ejecutivo que diera lugar al dictado de la ley 26.773 se desprende que la

⁴ ACKERMAN, Mario, *Ley de Riesgos del Trabajo comentada y concordada*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011, p. 165.

misma ha tenido, entre otras motivaciones, la de ajustarse a la doctrina constitucional de la CSJN a propósito del sistema de riesgos del trabajo. En este pasaje analizo si dicho objetivo puede considerarse cumplido.

Es claro que con la derogación del artículo 39.1, tantas veces censurado, se ha avanzado en la dirección correcta. La cuestión, ahora, pasa por analizar si al restituir la opción con renuncia a la reparación integral se vulnera alguna de las directrices constitucionales. Como expondré en seguida, no creo que esta “inconstitucionalidad de la opción en sí” pueda predicarse como regla, pero tampoco cabe descartar una “inconstitucionalidad de la opción por sus efectos sobre el caso concreto”. O en otras palabras, no creo que haya motivos para censurar la existencia de una ley especial, sino cuando la aplicación de la misma deriva hacia un resarcimiento insuficiente –y eventualmente nulo– del daño sufrido.

Pero al lector, ávido de respuestas simples, más que la opinión de un autor le interesará en realidad que ensayemos alguna predicción acerca de lo que en definitiva resultará de la jurisprudencia de la Corte Suprema. Lo cual, para ser serios, no puede desprenderse sino de su propia política de precedentes.

La doctrina actual del alto tribunal, a partir de lo argumentado en el caso “Aquino” (del 21-9-2004), no permite, en mi opinión, un vaticinio inexorable sobre el futuro de la reforma en el aspecto que venimos comentando. Veamos:

- 1) El considerando 7 de los ministros Petracchi y Zaffaroni pondera que el vicio constitucional de la LRT radica en excluir la responsabilidad civil del empleador “sin reemplazarla con análogos alcances”. Donde “análogos” significa parecidos y los “alcances” consisten en considerar en plenitud a la persona humana y no solamente en tanto productor de ingresos.
- 2) Ahora bien, al menos para las incapacidades superiores al 50% y la muerte, el sistema especial ha incorporado ya desde el DNU 1278/2000, y mejorado después con el 1694/2009, las sumas denominadas *pagos adicionales*. Nadie se ha ocupado nunca, que yo sepa, de indagar acerca de la *naturaleza* de estos pagos, es decir, a qué rubros de la cuenta daños se supone que corresponde imputarlos. Sin hacer números, cabe entender que

en principio no se proponen satisfacer la *pérdida de capacidad de ganancia* puesto que la misma ya se encuentra contemplada en la fórmula que incluye la edad, la remuneración y el porcentual de invalidez y además, tras la inminente adopción por el Código Civil de la fórmula Vuotto-Méndez para la cuantificación de este ítem (art. 1746 del Anteproyecto de Reforma del Código Civil y Comercial), no habría entre las mismas diferencias importantes. De modo que esos pagos adicionales –que ajustados por el RIPTE asumen ahora una trascendente significación económica– *deben considerarse resarcitorios de rubros diferentes*, aquellos que derivan de la comprensión de la persona humana en una perspectiva plena. Y si a todo ello hay que sumar ahora el 20% imputado a “otros daños” (porcentaje que se aplica tanto sobre la fórmula de incapacidad en sí como sobre dichos pagos adicionales), la posibilidad de considerar que hay una distancia considerable con la *reparación integral* quedará reservada a casos muy especiales en que la repercusión *extrapatrimonial* sea incluso superior a la *patrimonial*. En menos palabras, parece que en los casos más graves los “alcances” resarcitorios de uno y otro sistema tenderán a ser “análogos”.

- 3) Distinta es la situación de las incapacidades del orden del 1% al 50%. Es que en tales supuestos no está previsto aquel *pago adicional*. Todo se limita a la fórmula tarifada de la incapacidad de ganancia con más el 20% sobre su resultado. Lo cual, además de intrínsecamente arbitrario, puesto que no hay un ligamen necesario entre la disminución de aptitud para el trabajo y los rubros extrapatrimoniales, parece verdaderamente insuficiente para resarcir adecuadamente a estos últimos. Piénsese por ejemplo que a la “pérdida del pabellón auricular” (es decir, de una oreja) el baremo le asigna en términos de incapacidad un porcentaje del 12%, con lo cual la repercusión del 20% imputada a “otros daños” será de un 2,4%, visiblemente inadecuado para compensar el daño estético, psicológico y moral del afectado.
- 4) En el mismo considerando 7 de “Aquino” según Petracchi y Zaffaroni se lee que, siendo la integralidad de la reparación la

regla, “no se advierte la existencia de motivo alguno que pudiera justificar no ya el abandono sino la atenuación de tal doctrina constitucional”. Pero la contundencia de dicha afirmación –que no consiente siquiera la “atenuación”– aparece de algún modo desdibujada cuando en el considerando 13, párrafo segundo, mismos ministros, se razona que “es justo y razonable que la legislación contemple el abanico de intereses y expectativas que pone en juego la relación laboral con motivo de un accidente o enfermedad, en términos que atiendan equilibradamente a todos los actores comprometidos en ese trance”, lo cual no puede sino ser interpretado como una habilitación para el dictado de una legislación especial “siempre que los medios elegidos [...] sean compatibles con los principios, valores y derechos humanos que la CN manda respetar y proteger”.

- 5) A su vez el considerando 14 (que, con matices, lleva el número 11 en el voto concurrente de los ministros Maqueda y Belluscio) aclara y advierte que “el desenlace de este litigio no implica la censura de todo régimen legal limitativo de reparación de daños, lo cual incluye al propio de la LRT”. Otra vez: la especialidad limitativa no es en sí misma fuente de inconstitucionalidad.
- 6) Posteriormente, al fallar en la causa “Llosco c/Irmi SA” (del 12-6-2007), los votos “por sus fundamentos” de los ministros Maqueda y Highton, analizando una situación relativamente análoga, esto es, si la percepción sin reservas de la indemnización tarifada debía interpretarse como un *acto propio de sometimiento voluntario a un régimen legal* que impedía, luego, demandar la reparación integral contra el empleador, incorporaron como argumento relevante que no podía prescindirse del contexto existencial en que la víctima había decidido cobrar, ni exigírsele que renuncie al resarcimiento tarifado para preservar incólume su derecho a uno mayor. Este argumento, por cierto, puede abonar el discurso anclado en la ponderación del *estado de necesidad* de la víctima, pero hay también que considerar que en el mismo fallo la *ratio decidendi* consiste en que la LRT tal cual era, al descartar la responsabilidad civil del empleador (art. 39.1, hoy

derogado), no preveía para el actor alternativa alguna entre las que debiera elegir. Y eso obviamente ha cambiado.

- 7) En causas más recientes como “Lucca de Hoz c/Taddei” (17-8-2010) o “Ascuá c/Somisa” (18-2-2010) la Corte ha fijado como criterio que, más allá de la comparación entre sistemas, *la reparación tarifada en sí* deviene inconstitucional cuando desconsidera otros aspectos de la persona humana dañada, limitándose a resarcir únicamente la incapacidad de ganancia. Éste es el aspecto que se pretende ahora enmendar con la asignación de ese *plus* del 20% el que, como vimos, es tendencialmente suficiente en los casos de incapacidades más graves y previsiblemente insuficiente en los casos de incapacidades de hasta el 50%.
- 8) Finalmente, en causa análoga en que se discutía la suficiencia o no del régimen especial de reparación para personal militar (“Rodríguez Pereyra”, del 27-11-2012), la Corte, con voto de cuatro de sus integrantes (Lorenzetti, Maqueda, Zaffaroni, Highton), insinúa un cambio sutil de orientación, ya que hace depender la razonabilidad de las reparaciones tarifadas previstas en regímenes *ad hoc* a estándares que recuerdan a la “teoría de la pulverización” que imperaba en la doctrina del alto tribunal en su anterior composición. Así el considerando 16 refiere que la tarifa no puede implicar un “menoscabo sustancial” de la reparación integral; el considerando 17 considera que en el caso el perjuicio real sufrido por la víctima “excede en forma manifiesta e intolerable” el marco de cobertura del sistema especial y el considerando 20 sostiene que este último es descalificable cuando “resulta en valores irrisorios e insignificantes”.
- 9) A buen entendedor, ello significaría *a contrario sensu* que si el resarcimiento especial menoscaba pero de modo poco significativo la reparación integral, sin llegar a su envilecimiento, o que esta última resulta disminuida de modo “tolerable” o “no manifiesto” por un resarcimiento tarifado que no resulte “irrisorio”, el test de congruencia constitucional quedaría superado. Por la fecha de esta decisión, días después de sancionada la ley 26.773, bien podría leerse que anticipa un giro en la convicción de la Corte.

En conclusión, me parece que no hay indicios inequívocos en la jurisprudencia actual de la CSJN como para prever el sentido de sus decisiones futuras sobre el nuevo régimen. Entiendo que si partimos de la premisa “análogos alcances” podemos arribar a solución radicalmente distinta que si solamente consideramos que la reparación especial es descalificable cuando de ella deriva un “menoscabo sustancial, manifiesto e intolerable” de la indemnización de Derecho común. Podemos sí predecir que en todo caso se abandonará la doctrina de la *inconstitucionalidad absoluta* para pasar a una de *inconstitucionalidad relativa* (en cada caso concreto) la que, tendencialmente y por las razones arriba explicadas, será de especial aplicación en los supuestos que no incluyen los *pagos adicionales* de los decretos 1278/2000 y 1694/2009, es decir, en las incapacidades inferiores al 50%.

Lo cual, hay que decirlo, involucra a la mayoría estadísticamente abrumadora de los siniestros. En la colaboración de Adriana Séneca para este número de la Revista se sostiene, con mención como fuente de la Superintendencia de Riesgos, que el 99,01% de las incapacidades permanentes del sistema corresponden al tramo de las “parciales inferiores al 50%”. Séneca demuestra además que, en cambio, para el segmento de las incapacidades entre el 51% y la muerte la tarifa sistémica puede incluso (considerando la edad de la víctima y sus ingresos) ser *superior* a un resarcimiento conforme a la fórmula “Méndez”.

5. Opción y renuncia. ¿Y si la víctima pierde el juicio “civil” contra el empleador?

El problema constitucional no se presenta de por sí, según yo lo veo, cuando la víctima descarta voluntaria e informadamente su pretensión de un resarcimiento integral conjeturalmente más sustancioso contra el empleador y la ART en tanto responsables “civiles”, sino cuando, a la inversa, decide utilizar esta última vía. La ley, como sabemos, le impone en tal caso una *renuncia* a su crédito tarifado contra la ART y a la acción judicial que –dentro del sistema– pudiera tener contra la misma.

Supongamos ahora que la ART asumió su responsabilidad y cuan-

tificó adecuadamente las prestaciones por incapacidad permanente o muerte que le corresponde abonar. Pero que, sin embargo, la víctima entiende que en su caso tal resarcimiento sistémico es insuficiente y, descartándolo, opta por perseguir la reparación integral contra el empleador.

Lo que tenemos hasta allí es un *reconocimiento de obligación* seguido, según la ley, de una *renuncia al crédito* correlativo.

Ahora bien, las vicisitudes del juicio promovido contra el empleador son, como en todo pleito, impredecibles. Como el trámite sistémico no tuvo al empleador por parte cabe sostener que, en principio, no le resultan oponibles los reconocimientos que la ART hubiera hecho durante el mismo sobre hechos o derechos relativos al accidente o enfermedad en sí. De allí se sigue que podrá negar los presupuestos de su responsabilidad civil u oponer eximentes de la misma (por supuesto, unos y otras son diferentes en cada sistema), y tener éxito en esas postulaciones. Incluso pueden ocurrir circunstancias de prueba (muerte o incomparecencia de testigos “clave”, por ejemplo) o de valoración judicial que determinen el rechazo de la demanda.

El efecto objetivo de esa posibilidad es que el trabajador o trabajadora enfermo o accidentado quede *sin resarcimiento alguno* ya que, en los términos de la ley, el deber de contribución de la ART en el pleito civil queda condicionado a que el empleador resulte condenado total o parcialmente.

Este resultado es en mi opinión insostenible.

Con tanta vestidura como nos hemos rasgado en esta década a propósito del derecho constitucional a un resarcimiento integral, a que el mismo no se satisface *si el daño subsiste en alguna medida*, que la reparación no es completa si sólo atiende al hombre en tanto generador de resultados económicos, y toda la batería de buenos argumentos derivados de la *mezquindad e insuficiencia* de la reparación sistémica resulta verdaderamente impensable que por vía alguna pueda arribarse al resultado de que *siquiera se satisfaga la incapacidad de ganancia*.

Claro, un contradictor podría argumentar que se arriba a tal resultado como efecto de que en realidad, según sentencia “civil”, no

había responsabilidad alguna del empleador. Pero esa postulación de nuestro polemista hipotético es pura retórica ya que, como vimos, *sí había responsabilidad sistémica a juicio de la propia ART responsable del pago de las prestaciones.*

Sé que me repito, pero, una vez más, no estamos en presencia de un crédito conjetural sujeto al alea de un pleito. Si el trabajador optó por accionar en procura de un resarcimiento integral se supone que, antes, *la ART reconoció los presupuestos de la responsabilidad tarifada a su cargo y ofreció satisfacerla.* Y siendo así, tal crédito se ha consolidado como un *derecho cierto* y por ende *irrenunciable*, tanto sea que se lo mire desde las perspectivas del Derecho del Trabajo o del Derecho de la Seguridad Social. Huelga decir que la irrenunciabilidad, afirmada por el artículo 14 bis de la CN, tiene por principal sentido proteger al propio sujeto contra sus actos de libre disposición, de modo que no vale como argumento en contra, por definición, predicar que *la renuncia al beneficio cierto* es válida en tanto producto de su voluntad no viciada.

Todo ello explica la aparente contradicción de mi punto de vista. A la reparación integral fundada en normas de Derecho común se puede renunciar –o disponer– puesto que no hay norma alguna que lo impida. Al beneficio de derecho social consagrado por leyes especiales, no se puede renunciar, máxime si ha quedado consolidado como derecho cierto por reconocimiento de quien debe pagarlo.

En síntesis, entiendo que en caso de optar el trabajador por demandar a su empleador (juntamente o no con la ART con fundamento en normas de Derecho Civil, y eventualmente al asegurador de la responsabilidad civil del principal, si lo hubiere contratado)⁵, contando como antecedente que la ART haya comunicado a la víctima –o a sus derechohabientes– que está a su disposición una suma imputada a su incapacidad permanente –o muerte–, tiene el derecho a reclamar que, sea cual haya sido el resultado de su intento, la ART deposite a su favor la suma oportunamente reconocida con más sus intereses.

⁵ Recordemos que el art. 7º de la nueva ley autoriza al empleador a contratar, aparte de la ART, un seguro facultativo que lo cubra contra su responsabilidad civil.

6. La renuncia de la víctima y la posición del empleador. ¿Qué pasa si la ART subestima el daño?

La renuncia de la víctima a las pretensiones tarifadas presenta acusados matices, ya que *en principio* no libera al deudor, extravagancia jurídica que responde a la necesidad de dar una cobertura siquiera parcial al empleador asegurado. La ART debe contribuir al pago del resarcimiento civil –*si y sólo si*– el empleador o su aseguradora de la responsabilidad civil resultaren condenados. No discuto que la solución pueda consultar razones de equidad y evitar lo que, impropia pero gráficamente, se ha convenido en designar como el *enriquecimiento sin causa* de la ART. Pero sinceramente no deja de causarme cierta perplejidad que deba pagar parte del capital y costas en un juicio en el que no ha sido parte, con intereses (cuando tampoco ha estado en mora).

Todo ello impone esta aclaración: que la ART deba contribuir al pago de la indemnización integral a cargo del empleador, acordada en el juicio que la víctima sigue contra éste, es en realidad *un beneficio para el asegurado*. En línea con lo decidido por la CSJN en la causa “Cura c/Frigorífico Riosma SA” (14-6-2005), la norma impone que la ART coadyuve a la respuesta económica a cargo del demandado en la medida del aseguramiento especial contratado.

De cualquier manera, cuando el artículo 6º establece que la ART debe hacerse cargo del pago *del importe que hubiere correspondido de acuerdo con este régimen, con más los intereses correspondientes*, remite a una cuantía verdaderamente conjetural.

En efecto: ¿quién establece lo que le “hubiere correspondido” abonar? La sentencia civil no podrá hacerlo, ya que estaría incluyendo como materia, en evidente vicio de doble incongruencia, una pretensión no debatida (la prestación tarifada) respecto de un sujeto no demandado (la ART). Tampoco es concebible que haya habido una decisión previa de juez laboral, o una transacción homologada en dicha sede, ya que ello presupondría que el trabajador optó por la vía sistémica descartando la civil.

La única probabilidad restante consiste en que la propia ART, por sí y ante sí, haya determinado la incapacidad (existencia y gravedad) y el importe del resarcimiento sistémico e indirectamente el tope del

monto de su contribución a la condena civil contra el cliente. Lo cual, por supuesto, debiera ser motivo de preocupación para sus asegurados.

No se me escapa, desde luego, esta otra alternativa: que ambas partes se hayan sometido voluntariamente a la opinión de la Comisión Médica sin que eso para la víctima implique haber optado, ya que la ley deduce la opción sólo de las acciones *judiciales*. Pero, aparte de que la CSJN ha declarado ya de modo incontrastable la inconstitucionalidad de las Comisiones Médicas como trámite impuesto (en la causa “Obregón c/Liberty ART” de abril de 2012), es del caso que si la víctima opta por la vía civil ese dictamen médico-administrativo quedaría por así decirlo “firme”, sin posibilidad de revisión judicial, consolidando cuantitativamente el límite de la contribución económica de la ART.

Se repite así la tragicómica historia a que diera lugar el artículo 6° de la LRT originaria, cuando declaraba que las enfermedades no enlistadas “...en ningún caso serán consideradas resarcibles”. Acaso los prejuicios de clase se impusieron a la racionalidad económica de los empresarios que en aquel momento colaboraron en la redacción de la ley. El interés propio sugería que, en cambio, cuando más amplia fuera la responsabilidad imputada a las ART, menos serían los supuestos en que deberían responder los propios empleadores. La desincriminación sistémica, no lo ignoro, produjo un abaratamiento de los costos del seguro; pero correlativamente supuso que todos los daños que la ART no debía cubrir (por tener su origen en enfermedades extrasistémicas) quedaron automáticamente regidos por el Derecho común y debieron ser soportados por el responsable, tal como decidió la CSJN en la causa “Silva, Facundo c/Unilever de Argentina SA” (18-12-2007).

Aquí y ahora, los empleadores deberán soportar la diferencia entre el resarcimiento civil al que fueran condenados y un importe tarifado que no provendrá sino de la propia estimación de la ART, al que no cabe presumir como generoso.

7. Otra hipótesis: ¿Qué ocurre si la ART ofrece nada? ¿Subsiste el cúmulo?

El diseño de la reforma –despreciando la experiencia de casi dos

décadas que sugiere más bien lo contrario— parece presuponer que las ART estarán espontáneamente a derecho, ofreciendo a la víctima exacta y puntualmente lo que le corresponde “según este régimen”. Es decir que jamás negarán sin justo motivo la naturaleza laboral del accidente o enfermedad, que nunca considerarán que se trata de una preexistencia o de una dolencia inculpable, que tampoco subestimarán el porcentaje de incapacidad según baremos y factores de ponderación.

El caso de negativa de cobertura (rechazo de la denuncia o negativa a resarcir con cualquier fundamento) *suprime la condición de posibilidad de la opción*. Recordemos que para que el trabajador tenga la carga y la posibilidad de elegir es necesario que, previamente, la ART le haya notificado el importe detallado de los rubros que componen la indemnización por incapacidad permanente o muerte. En ausencia de tal notificación el trabajador no está en realidad ante disyuntiva alguna. Es que al no verificarse la condición *inclusiva en el régimen* (el ofrecimiento económico concreto de la ART) queda inhibida la posibilidad de aplicar la condición *excluyente* (que se acepte ese ofrecimiento descartando la alternativa integral).

Frente a este escenario, me parece que sirve tanto a los intereses de las víctimas como de sus empleadores postular que *subsiste el cúmulo sustantiva y procesalmente hablando*. Es decir que el trabajador puede demandar conjuntamente en un mismo pleito la reparación tarifada de la ART (si cree que su negativa es infundada) y la reparación integral contra el empleador (y eventualmente también contra la ART)⁶. Téngase en cuenta que si se permitiera que demande únicamente la responsabilidad civil del empleador (interpretando que ello implica despreciar una oferta de resarcimiento tarifado que, en realidad, nunca existió) *éste no tendría posibilidad de reclamar contribución alguna de la ART ante una eventual condena* ya que, como vimos antes, el límite de su responsabilidad cristaliza en los términos del ofrecimiento económico que la víctima rechazó y que, al haber sido nada, se traduce en nada.

⁶ Sobre la responsabilidad civil de la ART, que eventualmente puede quedar configurada por la culpa omisiva en el deber de prevención a su cargo, ver mi artículo *Perfiles y matices de la acción civil contra la ART*, en el N° 2010-1 de esta Revista, *Riesgos del trabajo – III*, p. 149.

Frente a una subestimación del daño (que se traduzca en el ofrecimiento de un resarcimiento incompleto incluso dentro de los criterios sistémicos) la cosa es más difícil porque esa insatisfacción no impide que el trabajador tenga que optar entre perseguir su mejoramiento (contra la ART) o demandar civilmente al empleador por lo que cree que es su derecho a una reparación integral (contra el empleador, contra la aseguradora de su responsabilidad civil si la hubiere contratado, eventualmente contra la ART pero con fundamento en sus propias omisiones antijurídicas, no en el seguro especial).

Y al así hacerlo, en tanto inevitablemente deberá plantear acción judicial contra una u otros, ya habrá optado/renunciado.

8. La irrazonabilidad del dispositivo. La inexistencia de la mal llamada “doble vía”

Téngase en cuenta que en la hipótesis en que nos centramos la ART no se libera en ningún caso de desembolsar la suma que hubiera sido materia de reconocimiento, con más sus intereses. La ley dispone que, en caso de que el trabajador pierda total o parcialmente el juicio “civil”, aquélla será ingresada en beneficio de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo en tanto gestora del Fondo de Garantía⁷.

Es probable que el autor de la norma haya pensado, bien que debía evitarse un enriquecimiento incausado de la ART, bien que convenía desincentivarla a que rechace siniestros sistémicos ya que de cualquier manera deberá pagar la suma asegurada.

Pero este orden de razones, por adecuadas que parezcan apreciadas

⁷ En realidad el art. 6º de la ley contempla de modo expreso únicamente la hipótesis en que hubiere una diferencia en menos entre lo ofrecido por la ART y lo acordado por la condena civil. Sin embargo, entiendo que la norma debe interpretarse en el sentido que se indica en el texto, a saber, que igualmente la deuda reconocida debe ser ingresada al Fondo de Garantía cuando la demanda se rechaza totalmente. La solución contraria, al par de frustrar la finalidad del dispositivo, esto es, que la ART no se “enriquezca sin causa”, supondría una confusión inadmisibles entre los diferentes presupuestos y eximentes de ambos sistemas de responsabilidad. Esto es, que la demanda civil se haya rechazado no significa que la reparación sistémica –que no ha sido objeto de ese juicio ni está alcanzada por su cosa juzgada– no hubiera procedido. Es más, seguro que sí procedía ya que la deudora la reconoció oportunamente.

en sí mismas, no hacen sino contribuir a la irrazonabilidad del dispositivo. Y ello es así en tanto pone en clara evidencia que *ha sido pensado como penalización a la víctima* que osó “desafiar” al sistema persiguiendo el resarcimiento integral.

Desde esta perspectiva, es un desincentivo innoble, ya que viene a defraudar la finalidad que inspiró la saga de fallos de la Corte en orden a un *resarcimiento completo del daño*. La ley, ahora, contempla la posibilidad de acceder al mismo, pero al costo no justificado de asumir el riesgo de quedar sin resarcimiento alguno.

Por otro pero concurrente costado, al argumento de ciertos amigos que entienden que la reforma sólo se limita al restituir el sistema histórico de las leyes 9688 y 24.028, que rigió durante 80 años sin tacha de inconstitucionalidad, habría que señalarle esta diferencia sustancial. Aquellas leyes preveían que las dos vías disponibles tenían *un mismo y único sujeto pasivo*, el empleador, tanto en sentido procesal como sustantivo. Participaban además de una *misma naturaleza*, puesto que se trataba de dos sistemas alternativos de responsabilidad por el daño causado. Todo ello en el marco de un sistema especial de carácter *transaccional* que reportaba ventajas y desventajas para ambas partes⁸.

⁸ Explica Benjamín Coriat en *El taller y el cronómetro* (Siglo XXI, Madrid, 1982, ps. 82 y ss.) que ya a partir de 1852 se desarrollaron en la industria minera de Lieja, Francia, las primeras técnicas de asistencia para las víctimas de accidentes de trabajo como modo de crear atractivos para empleos de alta peligrosidad y que por tal causa eran rehusados por el personal más calificado. Llamadas “caja de socorro” y “caja de paro”, consistían básicamente en sustitución del salario y cobertura de los gastos de curación, pero implicaban que la víctima que se acogiera a sus beneficios *renunciaba* a intentar cualquier acción de responsabilidad civil contra el patrono. Claro está, esas cajas de socorro no eran sino aportes previsionados por el propio empleador, quien así limitaba su respuesta patrimonial ante el daño. Con el ulterior desarrollo de la seguridad social, en la abrumadora mayoría de los países se calificó a la *incapacidad laboral* como una contingencia que correspondía fuera atendida con un fondo colectivo de respuesta distinto del patrimonio del empleador. A veces administrado por el Estado, a veces por organizaciones profesionales, ese fondo colectivo puede provenir de muy diversas fuentes. Pero incluso si estuviera conformado decisivamente por aportes patronales, los mismos no guardan necesaria correspondencia con los daños que cada empleador causó en concreto. Desde luego, en este escenario no hay lugar para opción alguna, ya que los créditos de la víctima se tienen *con fundamentos distintos ante distintos legitimados pasivos*. De hecho, casi todos los regímenes nacionales prevén que al margen del sistema de seguridad social subsiste la posibilidad de demandar al

Pero toda esa estructura lógico-jurídica cambió radicalmente con la introducción por la LRT del instituto del aseguramiento obligatorio y de un deudor de las prestaciones que asume de manera originaria y exclusiva un rol de *solvens* semejante al de los sistemas de seguro social. Se trata desde entonces de *sistemas complementarios*, como funcionan además en casi todos los países de occidente, donde el pago del seguro funciona como piso que no excluye la mayor responsabilidad civil del dañador, aunque en general ésta se limita a los casos de su culpa o dolo. La metáfora de la transacción que inspiró en su hora a la legislación de fines del siglo XIX se diluye por completo, ya que las ventajas/desventajas del sistema especial se tienen *frente a un deudor distinto* del empleador quien, además, lo aprovecha sin aportar más sacrificio que el de su módica contribución con una alícuota mensual.

De todo lo cual se sigue que en realidad habría que hablar de *dos vías* (cada una con su fundamento) y no de una *doble vía*. Persistir en la utilización de esta última figura retórica es un error e induce al engaño, ya que sugiere una duplicación de la relación obligatoria con el mismo deudor (entiéndase: que el empleador paga dos veces y que la víctima cobra dos veces) soslayando que un tercer sujeto (la ART) se hace cargo de una porción sustancial del resarcimiento y que, en todo caso, el empleador vendría a *suplementar* cuanto faltare para completarlo⁹.

empleador en tanto responsable civil, especialmente cuando ha mediado a su respecto algún factor subjetivo de atribución. Es más, el antecedente inmediato de la LRT, anteproyecto que se conoció hacia 1994 con el nombre de SIPRIT, contemplaba esta hipótesis, que luego no se trasladó a la ley sancionada en 1995.

⁹ El problema estructural de la LRT es que, como sistema de aseguramiento forzoso, combina con cierta promiscuidad ingredientes y técnicas propias de los seguros sociales –principalmente en la conformación del fondo económico para afrontar la contingencia– con otras del seguro comercial –ya que los aportes o cotizaciones patronales ingresan al patrimonio de las ART– y otras propias del Derecho de Daños, como la previsión de presupuestos y eximentes de responsabilidad, poco pensables en términos del solo interés por la *contingencia social* según es inherente a la seguridad social.

Lo que quiero significar con esta meditación, recordando particularidades argentinas que el lector no ignora, es que si el sistema de *opción con renuncia* pudo haber tenido alguna justificación en el marco de la legislación tradicional donde, en definitiva, se trataba de unas *pretensiones disyuntivas frente al mismo deudor* (las cuales impli-

La exigencia de optar entre un sistema especial inspirado en las técnicas y fundamentos del seguro social y un sistema distinto basado en la responsabilidad del dañador constituye así *una heterodoxia técnica* basada en un *sofisma moral* que emplaza a la víctima en el rol de aprovechado y al dañador en el rol de víctima. Pero entiéndase: no es que moleste la heterodoxia en sí, sino que de cumplirse el vaticinio que todos estamos previendo, esto es, que la gran mayoría de los damnificados “elegirán” permanecer en el sistema, no sólo se privará a muchas víctimas de un resarcimiento adecuado sino que se reforzará la tendencia de los empleadores (y de las propias ART, en cuanto les concierne) a dispensar bajo o nulo interés en la prevención de los daños.

9. Cuestiones procesales vinculadas a la inconstitucionalidad de la renuncia a las prestaciones del sistema

Desde luego, para que resulte posible el efecto perseguido en el punto 6, la actora (en el juicio “civil”) debe plantear en algún momento la inconstitucionalidad de los artículos 4º y 6º de la nueva ley y “traer a pleito” al sujeto de derecho contra quien se quiere hacer valer tal declaración.

Pero ¿debe hacerlo con la demanda misma o sólo cuando ella es rechazada? ¿Qué modalidad de intervención asume en uno u otro caso la ART?¹⁰ ¿O el verdadero interesado en la cuestión es el Fondo de

caban ventajas y desventajas comparativas para ambas partes), esa justificación se extravió desde el momento mismo en que se emplazó a la ART como deudora directa y exclusiva de las prestaciones del sistema, liberando al empleador de la responsabilidad que le correspondía en tanto causante del daño.

Ahora, con el retorno de las cosas a su quicio constitucional tras la derogación del artículo 39.1 de la LRT, se intenta reimplantar aquella lógica tradicional sin advertir la apuntada diferencia estructural. Es que hoy la víctima tiene ante sí un deber de optar/renunciar no obstante que, al menos potencialmente, es titular de dos créditos que reconocen fundamentos y deudores distintos. Lo que deberían ser dos sistemas *complementarios o suplementarios* que concurren a dar plena satisfacción a la víctima, uno en plan de seguro social asumido por la ART y otro con fundamento en las reglas de incriminación civil, son puestos como vías disyuntivas o excluyentes.

¹⁰ Para la simplificación de la exposición, prescindo en este segmento de la

Garantía, representado por quien lo gestiona (la Superintendencia de Riesgos)? ¿Y cuál es el contenido del debate a su respecto?

Para responder estos interrogantes debemos en primer lugar tener en cuenta las siguientes singularidades:

- 1) La ART no es parte en el juicio “civil”¹¹, ya que la demanda persigue contra otra persona, el empleador, una pretensión no asegurada por aquélla, esto es, la reparación integral fundada en “otro sistema de responsabilidad”.
- 2) Tampoco es *garante* o por cualquier título codeudor solidario respecto del demandado y del objeto del pleito –rol que eventualmente puede asumir *la otra aseguradora* (la de la responsabilidad civil del empleador) si es que se la hubiere contratado– de suerte que no asiste al empleador civilmente demandado la posibilidad de citar a la ART en calidad de coadyuvante.
- 3) No es sujeto pasivo de ninguna hipotética acción de repetición en su contra. Su deber de contribución a la eventual condena del empleador es de origen legal, automática y limitada a los alcances de lo que oportunamente hubiere ofrecido a la víctima. No depende, en existencia y cuantía, de ningún debate.
- 4) Además, si el asegurado vence total o parcialmente en el pleito, *la ART no se exime de ingresar igualmente* el monto de la prestación total ofrecida a la víctima, con más sus intereses, sólo que en tal caso el beneficiario –del total o de la diferencia– ha de ser el “Fondo de Garantía”.
- 5) *De todo lo cual se sigue que la ART carece de interés propio, ni actual ni futuro, en el resultado de ese juicio* no justificándose su intervención en el mismo siquiera como tercero eventualmente interesado y bajo la modalidad de la denuncia de litis. Para la ART, lo único que allí se dilucida es *a quién* debe pagarle una suma predeterminada de la que inexorablemente es deudora.

posibilidad de que la ART también haya sido demandada con fundamento en el sistema de responsabilidad de Derecho común, cosa que sigue siendo perfectamente posible aunque, claro, esta hipótesis también queda atrapada en la lógica de la opción con renuncia.

¹¹ Ver nota anterior.

En claro esas ideas, la *legitimación sustancial pasiva* de la tacha de inconstitucionalidad del efecto sistémico que este trabajo cuestiona recae sobre la *Superintendencia de Riesgos del Trabajo*. Y esto es así por cuanto quien tiene una pretensión antitética con la de la víctima en acceder a esa prestación inexorable a cargo de la ART no es sino el Fondo de Garantía.

Ahora bien, en situación análoga dentro del mismo sistema, aquella que regula el deber de dicho Fondo de dar cobertura al trabajador en el caso de un empleador no asegurado y patrimonialmente insuficiente, el decreto reglamentario 334/96 dispone que deberá darse intervención a la Superintendencia *en el mismo pleito en que el empleador resultó condenado* y bajo la modalidad de una “vista”.

Adaptando ese criterio genérico a las particularidades de la especie, entiendo que el debate debe asumir una modalidad incidental a posteriori de la sentencia que rechaza la demanda civil contra el empleador. Es que recién entonces se verifica el requisito de *actualidad* en el interés que justifica la intervención de la SRT e incluso el del actor en lograr la declaración de inconstitucionalidad de las normas concernidas.

Obvio, el contenido de ese debate incidental, que tramita por conexidad en el mismo expediente en que se rechazó la demanda, no puede ser otro que la cuestión “de puro derecho” relativa a la inconstitucionalidad de los artículos 4º y 6º de la nueva ley, ya que su finalidad práctica no consiste sino en discernir quién tiene derecho como acreedor de la suma que la ART debe depositar.

En este punto hay que tener en cuenta que si bien la ley refiere en tiempo y modo aparentemente conjetural que la ART deberá depositar “el importe que hubiere correspondido según este régimen”, en realidad no está habilitando un nuevo debate y prueba sobre la procedencia y alcances del resarcimiento tarifado, sino remitiéndose al que oportunamente fuera ofrecido a la víctima y rechazado por ésta.